المجلد السادس من شرح ابن عبد السلام على كتاب ابن الحاجب

ع ٢٥

جلد سادس من كتاب شرح ابن عبد السلام لكتاب ابن الحاجب

س

مجلد سادس من كتاب شرح ابن عبد السلام لكتاب ابن الحاجب في مذهب مالك بن انس

الاول

مجلد رابع من خمس مجلدات في الفقه

الجزء السادس من شرح ابن عبد السلام رضي الله عنه

فيه من الكتب

• العارية • والغصب • والشفعة • والقسمة •

• والقراض • والمساقاة • والمزارعة • والاجارة •

• والجعالة • واحيا الموات • وحريم البير • والوقف •

بسم الله الرحمن الرحيم نستعين بالله

العارية قوله العارية هي بتشديد اليا ويقال العارة قال الجوهري وكانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب وانكر على الجوهري كونها منسوبة الى العار لانه لو كان لذلك لقالوا ابتعيرون لان العار عينه يا والعارية عند غيره ماخوذه من المعاورة وهي الاخذ والاعطا تقول هم يتعاورون من جيرانهم الاواني اي ياخذون ويعطون وقول المولف في تفسير حقيقتها العرفية تمليك منافع العين بغير عوض قيل عليه انه غير مانع لدخول العمرى والحبس فيه فاما العمرى فلا يبعد ان يقصد المولف الى دخولها لانها نوع من انواع العارية ومن اراد حد ماهيته او رسمها فلا بد ان ياتي بما يشتمل على جميع انواعها واما الحبس فقد يقال السوال عليه لازم بسببه وقد يقال ان الحبس غير المعقب راجع الى العمري وقد قلنا انه نوع من العارية والمعقب منه ليس بتمليك منافع في الحقيقة وانما هو اذن في الانتفاع خاصة وفي الفرق بين تمليك المنافع وبين الاذن فيها كلام وبالجملة ان تمليك المنافع يستلزم خصوصية من ملكت له والاذن في الانتفاع لا يستلزم ذلك فمن حبس على الجند مثلا او على قبيلة لا يقال انه ملكهم الانتفاع وانما اذن لهم في التصرف فمن حضر منهم جاز له الانتفاع بما اذن له معينا او غير معين ولو كان الخاص معينا ثم طرا من يشركه دخل معه في الانتفاع

قوله وهي مندوب اليها لما قدم رسمها اخذ يتكلم في حكمها وهو الندب بحسب المعير ولا شك انها من فعل الخير فيتناولها قوله تعالى وافعلوا الخير واختلف المفسرون في قوله تعالى ويمنعون الماعون هل معناه ذم من منع عارية مثل الفاس وشبهه او هي في الزكاة الى غير ذلك مما قيل في معنى الاية **وخرج** البخاري عن ايمن الحبشي قال دخلت على عايشة رضي الله عنها وعليها درع قطن ثمنه خمسة دراهم فقالت ارفع بصرك الى جاريتي انظر اليها فانها تزهى ان تلبسه في البيت وقد كان لي منهن درع على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فما كانت امراة بالمدينة تعبر الا ارسلت الي تستعيره وسيا الحديث صفوان وغيره **المعير** مالك للمنفعة غير محجور عليه

يعني انه يشترط في المعير مجموع وصفين احدهما ان يكون مالكا للمنفعة باي انواع الملك سوا كان مالكا للرقبة تلك المنفعة اولا الثاني ان يكون فيه اهلية التبرع على غيره وهو مراد المولف بقوله غير محجور عليه فاذا حصل مجموع هذين الوصفين كان ذلك سببا لان تصح العارية ممن ذكر في قوله فتصح من المستعير والمستاجر ولذلك ادخل الفا المشعرة بالسببية على قوله تصح وقد منع بعض الايمة عارية المستعير وبعض شيوخ المذهب ذكوا الى ذلك قال لان المستعير لم يحصل له ملك المنفعة حقيقة وانما حصل له الاذن في التصرف على وجه ما وراى ان الاذن في التصرف اعم من ملك المنفعة الذي هو شرط صحة العارية والاعم لا يستلزم الاخص بعينه وفيه نظر فان قلت هل تخرج خلاف في المذهب في جواز عارية الثوب المستعار من الخلاف في جواز اجارته لمن استاجره ولذلك من اكترى دابة ليركبها اختلف قول مالك رحمه الله تعالى في كراهة كرايها من غيره فهل يختلف في اعارته لها قلت التخريج صحيح **قوله** المستعير اهل للتبرع عليه يريد انه يشترط في المستعير ان يكون اهلا للتبرع عليه بالشي المستعار بخصوصيته فقد يعرض مانع شرعي لبعض الناس من التصرف في بعض الاعيان كما عرض في قوله فلا يعار ذمي مسلما لان اذلال المسلم للكافر محرم وكذلك اعارته له لاستلزامها ذلك وادخل الفا ايضا التي للسببية للوجه الذي قررناه فوق هذا وفي معنى ذلك اعارة الات الحرب في زمن الفتنة والمثل في هذا الوجه كثيرة ولا يخفى ان قول المولف هنا المستعير وقوله فوق هذا الوجه المعير انما يريد به من حصل له وصف الاعارة والاستعارة شرعا لا مطلقا ولذلك صح رفع قوله مالك للمنفعة غير محجور عليه على انهما خبران للمبتدا في الكلام الاول وصح رفع قوله اهل للتبرع في الكلام الثاني على طريق الخبر ايضا **قوله** المستعار منفعة مع بقا العين يعني ان المستعار انما هو المنفعة لا الذات كما تقدم في رسم العارية فاذا استلزم الانتفاع ذهاب العين خرجت العارية عن حقيقتها وصارت حقيقة اخرى وهي القرض فان قلت المستعار انما هو الذات للانتفاع بها قلت لا نسلم بل المستعار انما هو المنفعة

ولكن ان امكن حصول الانتفاع مع بقا الذات كانت عارية حقيقة والا عادت قرضا
وهذا ظاهر من رسم المولف حيث قال تمليك منافع العين فان المملك في العواري
انما هو المنافع لا الاعيان ولما فات هذا الوصف من الاطعمة والدنانير والدراهم وشبهها
من الفلوس قال المولف فالاطعمة والنقود قرض وكان هذا الكلام في قوة قوله فالاطعمة
والنقود قرض لا تصح فيها حقيقة العارية وانما يتصور فيها حقيقة اخرى
وهي القرض قال بعض الشيوخ وتصح عاريتها لمن لا يتصرف فيها باتلاف اعيانها
كالصيرفي يجعلها ظاهرة عنده كي يراها الناس فيظنون انه كثير المال فيرغبون
في التصريف منه وشبه ذلك **قوله** وان تكون المنفعة مباحة • لا يريد كونها
مباحة في جنسها فان ذلك شرط في صحة ملك المعير لها لا في صحة عاريتها وانما
يريد كون تلك المنفعة مباحة للمستعير ولهذا منعت اعارة الجارية لمن يستمتع
بها خلافا لعطا الذي اجاز ذلك وقد بالغ اهل المذهب في المنع من ذلك حتى منعوا
من قرض الجواري المودي الى عارية الفروج على ما مر في محله فلهذا قال المولف
فلا تعار الامة للاستمتاع **قوله** ويكره ان يستخدمها الغير المحرم والنسا
والصبيان • لما قدم ان من شرط المستعار ان تكون منفعة مباحة واستخدام
الاجنبية مباح من حيث الجملة اشار هنا الى ما يعرض له فيخرجه الى الكراهة
وهو ان استخدام الاجنبية مود الى الخلوة بها والخلوة بالاجنبية منهي عنه
لقوله صلى الله عليه وسلم من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يخلو بامراة ليس
بينه وبينها محرم ولاجل ما عرض من الخلوة المحرمة منع من الاستخدام الذي هو
قدر مشترك بين العارية والاجارة فليس هذا مانعا من العارية بخصوصيتها
بل هو مانع من العارية والاجارة معا ولذلك ما قدمه المولف في عارية النقود
يدخل مثله في اجارتها بل اشد وهو سلف جر منفعة ودل كلام المولف بالالتزام
على انه لا باس باستخدام الجارية للمحرم والنسا والصبيان لانتفا المانع من ذلك
قوله ولا يجوز استخدام احد الابوين بالجارية وتكون المنافع لهما • يعني
ان الاب المملوك والام المملوكة لا يجوز اعارتهما ولا اعارة احدهما من ولده لان
الاستخدام من توابع الملك فمن لا يجوز له التملك لا يجوز له الاستخدام هكذا قاله

بعض

خصوصيتها

بعض الشيوخ ولكنه لم يقتصر ذلك على الابوين بل كلامه ظاهر في تناول هذا الحكم
في القرابة التي تمنع من الملك فلا يجوز على هذا استخدام الاب والجد والولد
والحفيد ولا الاخ كذا هو واستدل هذا الشيخ على ذلك بقول مالك رحمه الله فيمن
يحبل عتق عبده على ان يخدمه شهرا ان الخدمة ساقطة قال مالك لانها بقية
رق بخلاف ان يجعل عليه دراهم فان قلت هل يلحق الاجارة بالعارية في هذا
الحكم **قلت** ذلك محتمل وقال في المدونة ولا باس ان يواجر الرجل امه او اخته
او ذات رحم على رضاع ولده وانظر ايضا لو كان الابوان غير مملوكين الا انهما
اجرا انفسهما من اجنبي فاعارهما ذلك الاجنبي من ولدهما في مدة الاجارة **قوله**
ويحصل بما يدل على معناها • يعني ان العارية ليس لها صيغة تخصها بل كل
ما يفهم منه معناها الذي هو تمليك المنافع كاف في تحصيلها والاشارة من الاخرس
تتنزل منزلة الصيغة من غيره **قوله** فلو قال اعني بغلامك او ثورك يوما
واعينك بغلامي او ثوري يوما فاجارة • اجازه ابن القاسم وراه من الرفق
يريد ان المعتمد عليه انما هو المعاني اذ افهمها المتخاطبون ولا يلتفت الى
الالفاظ لا في العارية ولا في الاجارة الا ترى انه لو قال احدهما لصاحبه اعني
بغلامك او ثورك الى اجل فابن القاسم حمل ذلك على المعنى وهو الاجارة
لانهما قصدا الى المعاوضة بينهما تعاونا فيه ولم يحمل ذلك على ما دل اللفظ
عليه من الاعارة مع انهما صرحا بلفظ اعني الذي هو بعيد من الاجارة
وينبغي ان يكون ما يقع في التعاون معلوما بينهما سوا كان من نوع واحد
كالحصاد او من نوعين كالحصاد والبنا وان يكون زمان العمل قريبا من
عقد هذه الاجارة فلا يجوز اعني بعبدك غدا على ان اعينك بعبدي بعد شهر
لانه نقد في منافع معين يتاخر قبضها فان قلت اذا اجريت هذه
المسلة من جميع وجوهها على حكم الاجارة ومنعت من الغرر في العمل
وفي زمنه فاين الرفق الذي ذكره المولف في قوله وراه من الرفق **قلت**
لعله في المتقدم من العلامين وان هذا العقد جائز وان لم يسميا ولا تقاسما
اي العلامين يكون عمله اولا **قوله** الضمان لما تقدم الكلام

لعله
معا فيهما

على حقيقة العارية وحكمها واركانها اخذ يتكلم على عوارضها فبدا بالضمان
واحكامه **فقال** ان كانت مما لا يغاب عليه لم يضمن الا ان يظهر
كذبه وان كانت مما يغاب عليه ضمن الا ببينة على تلفه وقال اشهب ولو
قامت • يعني ان المستعير اذا لم يرد العارية وقال انها تلفت فلا يخلو اما
ان تكون مما لا يغاب عليه كالحيوان فلا ضمان عليه ما لم يظهر كذبه فيضمن
وان علم بالبينة وكان بغير سببه فقولان قال بن القسم ينفي الضمان
ورواه عن مالك وقاله عبد الملك واصبغ وقال اشهب باثباته ورواه عن
مالك وقال الشافعي مطلقا مضمونة وقال ابو حنيفة هي امانة غير مضمونة
وذكر بن شعبان عن مالك رحمه الله ان المستعير لا يصدق في ذهاب
ما لا يغاب عليه من العواري وقيل لا يصدق فيما صغر من الحيوان لانه يخفى
اذا غيب عليه وليس في الاحاديث الصحيحة بيان لحكم الضمان صريحا
وقد تجاذب العلما الالفاظ الواقعة في الصحيح وقوى بعضهم ما فهمه مما وقع
في غير الصحيح **وروى** ابو داود عن يعلى بن امية قال قال لي رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا اتتك رسلي فادفع اليهم ثلاثين درعا وثلاثين
بعيرا فقلت يا رسول الله اعارية مضمونة او عارية مؤداة قال
بل مؤداة **وروى** النساي عن صفوان بن امية ان النبي صلى الله عليه
وسلم استعار منه ادراعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمد يا رسول الله
فقال بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله
عليه وسلم ان يضمنها له قال انا اليوم يا رسول الله في الاسلام ارغب
قال عبد الحق وحديث صفوان اصح **وخرج** الدار قطني عن عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على
المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان وقيل
عمرو بن شعيب في هذا الاسناد رجلان ضعيفان والتمس اميل
الى مذهب الشافعي لانه اسعد بالحديث في هذه المسئلة فاذا فرعنا
على المشهور من المذهب فقال اللخمي لا يضمن الدابة ويضمن سرجها

ولجامها

ولجامها ولا يضمن العبد ولا ما عليه من الكسوة لان العبد حايز لما عليه
واللخمي وغيره في التفريع على المشهور كلام هو داخل في كلام المولف حيث قال الا
ان يظهر كذبه **قوله** وما علم انه بغير سببه كالسوس في الخشب
والثوب يحلف انه ما اراد فسادا او سرا • لا يلزم حلفه على عدم ارادة الفساد
بل يزيد فيه وما ضيع وسوى بعضهم بين الفار وبين السوس في الحكم على
الوجه الذي ذكره المولف وساوي اللخمي بينهما في الضمان قال لان السوس
لا يحدث الا عن غفلة عن اللباس والمعير يقول لو لبسته لم يتسوس
وقرض الفار لا يحدث الا لامر كان من اللابس مثل ان يجعل فيه طعاما
او غيره والحاصل ان الفار والسوس لا يعلم كونهما من غير سببه
قوله واذا اشترط اسقاط الضمان فيما يضمن او اثباته فيما لا يضمن ففي
افادته قولان • تصور كلامه ظاهر ووجود القولين على الوجه الذي ذكره
المولف عزيز لكن في كتاب الرهن من المدونة وان استعرت من رجل دابة
على انها مضمونة عليك لم تضمنها وان رهنته لها رهنا فمصيبتها من ربها
والرهن فيها لا يكون فان ضاع الرهن عندك ضمنته اذ لم ياخذه على الامانة
وذكر عقيبها هناك مسئلة الرهن التي يذكرها الان وكان البابين
عنده واحد في هذا الحكم لاستوايهما في اصل الضمان **فقال** ومن
ارتهن ما يغاب عليه وشرط ان لا ضمان عليه فيه وانه مصدق لم
ينفعه شرطه وضمن ان ادعى انه ضاع • وظاهر هذا يقتضي ان مذهبه
في العارية والرهن عدم افادة هذا الشرط وقال بن حبيب عن مطرف
من استعار دابة او اكتراها على انه ضامن لها فالشرط ساقط ولا يضمن
الا ان يكون لها خاف عليها من امر يعهد مثل طريق مخوفة من لصوص
او غيرها فيضمن في مثل هذا بالشرط ان هلكت فيما خاف عليها
وان هلكت في غير ذلك لم يضمن وقال اصبغ لا ضمان عليه بكل حال
قال بن حبيب وبقول مطرف اقول واختار اللخمي قول مطرف وذكر
الخلاف في المسئلة نحو ما ذكر المولف الا انه لم يذكر كله نصا عن المذهب

بالعصه تخرج وذكر عن ابن القاسم واشهب انه مصدق في تلف الثياب
وشبهها والاقرب كان على اصل مذهب ابن القاسم الذي بناه على التهمة في
هذا الباب ان تعمل هذا الشرط لان من حجة الراهن ان يقول لم اشترط الضمان
على المرتهن الا لكونه عندي ممن يتهم والاقرب على اصل اشهب الذي جعل ضمان
ما يغاب عليه ضمان اصالة الا ينفع هذا الشرط **قوله** واذا ادعى انكسار
الفاس او السيف باستعماله واحضره لم يقبل الا ببينة وقيل يقبل، القول
الاول اشبه بمذهب سحنون والقول الثاني قريب من مذهب ابن القاسم
في المدونة الا انه شرط ان لم تكن بينة او تعرف وانه كان معه والاصل
وقال ابن القاسم في العتبية اذا استعار ثوبا او منشارا او فاسا او غيره
مما يغاب عليه فياتي به مكسورا فيقول نابه ذلك فيما استعرته له انه
ضامن ولا يصدق وقاله ابن وهب واشهب وهذا قريب مما حكاه
المولف عن القول الاول وقال عيسى لا يضمن اذا ذكر ما يشبه ويرى
ان يصيبه ذلك في العمل وذلك لا يخفى وقريب من هذا ذكر ابن حبيب
في الفاس والسيف والصحفة وما يغاب عليه قال ابن القسم يضمنه
ويقول مطرف ابن ول والاقرب قول عيسى ومن وافقه لان المستعير
قد فعل ما اذن له في فعله ولم يقم دليل على كذبه بل قام على ما يصدقه
قال اللخمي واما الرحا يستعيرها ليطحن عليها فياتي بها وقد
حفيت فلا شي عليه قولا واحدا **قوله** ولا يتعدى الماذون فيه
فلا يزرع ما ضرره اكثر، يعني ان المعير اذا صرح بما يستعار له
فلا يتعدى المستعير ذلك ودل كلام المولف بالالتزام على ان للمستعير
ان يفعل ما ضرره مساو لما اذن له فيه ودل كلامه اولا على ان
المعتمد عليه انما هو ما يفهم من كلام المعير عادة وان خالف ظاهر
اللفظ وقد قال في المدونة فيمن استعار دابة ليركبها حيث شيا
وهو بالفسطاط فيركبها الى الشام او الى افريقية فان كان وجه
عاريته الى مثل ذلك فلا شي عليه والاصل قال والذي سال رجلا

ان يسرج له دابته ليركبها في حاجته فيقول له اركبها حيث احببت
فهذا يعلم الناس انه لم يسرجها له الى الشام ولا الى افريقية وكذلك اذا اعارة
الارض ليزرعها حنطة فله ان يزرعها شعيرا لانه دون الحنطة في الضرر
وكذلك له ان يزرعها ما يكون مساويا الضرر الحنطة واذا اعاره اياها
ليزرعها شعيرا فليس له ان يزرعها حنطة وفي كتاب العارية من المدونة
ايضا ومن استعار دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حجارة فكل ما حمل
ما هو اضر مما استعارها له فعطبت به فهو ضامن وان كان مثله في
الضرر لم يضمن كحمله عدسا في مكان حنطة او قطنا او كتانا في مكان
بز وظاهر هذا انه اذا حمل عليها ما هو اضر فعطبت انه ضامن سوا
كانت زيادة مضرة مما تعطب بسببها اولا الا ان الشيوخ فصلوا ذلك
فقالوا ان كانت تلك الزيادة لا تعطب في مثلها فعطبت الدابة فليس
لرب الدابة الا الكرا الزيادة فقط وان كان ذلك المزيد مما تعطب
في مثله فعطبت خير ربها في ان يضمنه قيمة الدابة يوم تعديه ولا شي
له غير ذلك وان احب ان ياخذ كرا فضل الضرر اخذه ولا شي له غيره
ومعرفة ذلك ظاهر وهو ان يقال كم يساوي كراوها فيما تعدى
فيه فان قيل خمسة عشر خير رب الدابة بين ان يضمنه قيمة الدابة
او ياخذ الخمسة الزايدة على العشرة اما ان كانت الزيادة مما لا تعطب
في مثلها فليس له الا الخمسة بلا تخيير **قوله** ولو اطلق فاستعمال مثلها
يعني اذا استعار شيئا ولم يبين الوجه الذي استعاره من اجله فانه
يتعين ذلك الوجه بمقتضى العادة كما تتعين المسافة بالعادة وقد
تقدم ان ظاهر اللفظ يترك الى مقتضى العادة في مسالة اركبها حيث
احببت بحيث لا لفظ يمنع من اعمال مقتضى العادة اولى ولذلك
اذا اختلف المعير والمستعير فيما استعار له وذلك بعد فراغه
من العمل فالقول قول المعير ما لم يكذبه العادة قال في المدونة
ولو استعار مهرا لحمل عليه حمل بز لم يصدق انه استعاره لذلك

[illegible]

وان كان بعيرًا اصدق وسياتي الكلام على اختلاف المعير والمستعير في بقية احكام
الفصل حيث تكلم عليه المولف قوله وهي لازمة يريد ان العارية احد
انواع الهبة فتلزم بالقول كما تلزم الهبة بالقول ولا يكون للواهب رجوع فيها
غير انه حكي في الهبة قول شاذ انها لا تلزم بالقول وانكر بعض الشيوخ
صحة نسبة هذا القول للمذهب فانه صح ذلك القول عن المذهب تخرج مثله في
العارية مع ما في بعض مسايل العارية مما يشهد منصوصًا عليه وما يذكره
المولف من هذا المعنى بعد هذا قوله فان اجلها بمدة او عمل لزمت الى
انقضايه والا فالمعتاد في مثلها لما تكلم على لزوم العارية اخذ يتكلم
في القدر اللازم منها باعتبار الامر فقال ان كانت محدودة بامد
او عمل كركوب الدابة الى بلد معين لزمت الى ذلك القدر بمقتضى ما التزمه
المعير نصًا وان كانت غير محدودة ببني مما ذكر لمن اعار عرصة لمن يبني
فيها دارًا او يغرس فيها بستانًا فانه يلزم من الامد مقدار العادة التي
التي يعير مثل هذا المعير من ذلك المستعير وذلك اذا كان المستعير قد
قبض العرصة وحازها من المعير ويدل عليه اراده المولف لهذا الشرط
مقابلة كلامه هذا بقوله عقيبه وفي اللزوم قبل القبض قولان فدل على
ان كلامه فيما قبل هذا وقوله عقيبه ذلك اذا قبضت العارية الا ما بقوله
المولف بعد هذا من حكايته القول الثاني ان للمعير اخراج المستعير في
المدة المعتادة ولو كان بعد القبض والاحسن ان يلزم المعير انفاذ العارية
للمستعير في القدر الذي دلت العادة عليه سوا قبضت او لم تقبض
لانها كالهبة على ما قدمنا وهذا هو مذهب القاضي ابي الحسن بن القصار
قوله واذا انقضت مدة البنا والغرس فله دفع قيمته مقلوعًا بعد
محاسبته باجرة القلع واخلا الارض او يامره بقلعه فان لم تكن له قيمة
اخذه مجانًا • لا يريد بقوله مدة البنا هنا ما قدمه فوق هذا حيث قال
فان اجلها بمدة او عمل بل يريد ما هو اعم من تلك المدة فيدخل في ذلك
التحديد بالاجل والعمل والعاده ولذلك يلحق بما ذكر في هذا المعنى ما اذا
اراد

اراد المستعير من قبل نفسه ان يخرج ويدع الارض لربها قبل انقضا المدة
فان رب العرصة يكون مخيرًا على المستعير بين امرين احدهما ان يدفع له قيمة
البنا مقلوعًا قال ابن المواز بعد طرح اجرة القلع مالك وغيره فيما يشبه هذا
ويطرح ايضا اجرة الاخلا وانكر ابن سهل في كتابه كلام ابن المواز هذا واعتقد
ان قيمة البنا مقلوعًا يستلزم طرح اجرة القلع فلا ينبغي ان تسقط مرة اخرى
وليس بالبين فان تقويم البنا مقلوعًا اعم من كل واحد من وجهي طرح اجر
القلع او عدم طرحه والاعم لا يستلزم الاخص نعم اذا كان المستعير ممن يتولى
العقد بنفسه او يجد من يفعل ذلك له مجانا لم ينبغي ان يطرح له اجر
القلع هكذا اجاب بعضهم وهو ظاهر والامر الثاني مما يخير فيه المعير هو ان
يامر المستعير بقلع بنايه وهذا ان الامران كما قال المولف مشروطان
بان يكون للبنا او الغرس قيمة بعد قلعهما فان لم يكن لهما قيمة بعد القلع
كان للمعير التمسك بالبنا والغرس من غير دفع عوض قوله وقيل
للمعير الاخراج في المدة المعتادة اذا اعطى ما انفق وقيل قيمة ما انفق
هذا القول هو مذهب المدونة وهو مقابل لما ذكره المولف في صدر المسالة
حيث قال والا فالمعتاد في مثلها اي وفي لزوم المنفعة المعتادة
التي لم تقيد العارية فيها باجل ولم تكن هي ايضا مقيدة بعمل كالسفر
بالدابة الى بلد معين قولان احدهما اللزوم مطلقا وهو الذي قدمه
والثاني هو الذي حكاه المولف هنا وعلى هذا القول فلا يكون للمعير
اخراج المستعير مجانًا ولا بقيمة البنا والغرس مقلوعًا وانما له ذلك بعد
ان يدفع اليه ما انفق هكذا قال في المدونة وقال في موضع اخر قيمة ما انفق
وظاهر كلام المولف انه حمل ما في المدونة على قولين وهي طريقة غير واحد
من الشيوخ ومنهم من حمل احد الكلامين على الاخر فقال يعطيه ما انفق
اذا اشترى المستعير ذلك بسبب العارية ويعطيه قيمة ما انفق
اذا كان اخراج المعير للمستعير بعد طول لان البنا قد تغير ويعطيه
ما انفق اذا كان اخراجه له بالقرب وضعف هذا القول من غير وجه

وقال المغيرة وابن كنانة يدفع اليه قيمة بنائه قايما وروي نحوه عن مالك وقد
جمع بعض الشيوخ هذه المسألة مع مسألة عارية الجدار لغرز الخشب وقال
تحصل فيهما ستة اقوال احدها قول مالك وابن القاسم ليس له الاذن ان يرجع
الا ان يحتاج **الثاني** قول مطرف وابن الماجشون ليس له ان يرجع وان
احتاج **الثالث** مذهب المدونة له ان يرجع وان لم يحتج ويدفع الى الاخذ
ما انفق او قيمته **الرابع** قول اصبغ له ان يرجع اذا مضى ما يعار الى مثله
الخامس قول اشهب وابن نافع الفرق بين ما تكلف فيه نفقة وبين ما
لم يتكلف فيه نفقة **السادس** قول سحنون الفرق بين غرز الخشب
في الجدار وبين الاذن في بنا العرصة **قلت** ينبغي ان يتامل هذه الاقوال
فبعضها لا يشك في صحة مناقضته للقول الاول وبعضها يغلب على
الظن ان يكون قيدا للقول الاول فلا يعد مخالفا له **قوله** واذا تنازعا
في العارية والاجارة فالقول قول المالك الا ان يكذبه العرف • يعني
اذا اختلف المالك والمنتفع بعد انتفاعه فقال المالك لم اذن لك الا
بالعوض وقال المنتفع بل كان انتفاعي على وجه العارية فالقول
قول المالك ما لم يكذبه العرف فان كذبه العرف في ذلك كان القول
قول المنتفع واعلم ان المراد بقولهم ما لم يكذبه العرف ليس هو ان
لا تكون عادة المالك ان يكري ما جرى بينهما النزاع فيه بل مرادهم ان
يكون مع ذلك شرفه يابى الكرا من غيره ويانف من مثل هذا هذا هو معنى
قول ابن القسم واشهب في المدونة في كتاب العارية وحيث قلنا القول قول المالك
فانه لم ياذن الا بعوض فهل يكون مقبولا في مقدار ذلك العوض
قال في كتاب الجعل والاجارة وان ادعى رب المتاع ان الصانع عمله
له باطلا وقال الصانع بل باجر صدق الصانع فيما يشبه من الاجر والا رد
الى اجر المثل وقال غيره يحلف الصانع وياخذ الاقل مما ادعى او من اجر
مثله وقال في كتاب اكرية الدور ومن اسكنته دارك ثم سالته الكرا
فادعى انك اسكنته بغير كرا فالقول قولك فيما يشبه من الكرا مع يمينك

وقال غيره على الساكن الاقل من دعواك مما ادعى او من كرا المثل بعد ايمانهما ولشراح
المدونة على كلام ابن القاسم وغيره في هذه المسألة كلام يطول فلنقتصر على هذا القدر
قوله وان اختلفا في النهاية فان لم يركب الى البعد فالقول قول المالك •
يريد اذا اتفق المالك والمستعير على العارية الا انهما اختلفا في غاية ما اعار اليه
فادعى المستعير مسافة بعيدة وقال المالك مسافة دونها وكان اختلافهما
قبل وصول المستعير الى الغاية التي ادعاها فالقول قول المالك مع يمينه هكذا
وجهوا عليه اليمين في هذه المسألة وفي التي فوقها مع انهما من دعوى المعروف
وفي توجيهها في هذا الاصل خلاف ولا شك في رجحان حجة المعير هنا
على حجة المستعير لان المستعير يطلب اخراج شي عن ملك ربه بمجرد دعواه
فاذا حلف المعير على صحة دعواه خير المستعير بين الركوب الى الغاية التي حلف
عليها المعير او ترك الغاية قال بعضهم وانما يمكن من قبض الدابة اذا امن
منه ان يذهب بها الى الغاية التي ادعاها فان لم يومن منه ذلك فلا
تسلم اليه الا ان يتوثق منه وفي معنى ما ذكره المولف اختلافهما في مدة
العارية وفي كلام المولف تسامح لانه يدخل تحته ما اذا ركبها الى دون
الغاية التي ادعاها المستعير وقد زاد على الغاية التي اقر له بها المعير فيلزم
ان يكون القول قول المعير ويحلف على صحة ما ادعاه والمذهب انه لا يصدق
الا فيما زاد على الغاية التي وصل اليها المستعير خاصة لا فيما زاد على الغاية
التي اقر بها **مثاله** ان يعيره دابة يركبها من مصر فيختلفان بطرابلس فيقول
المعير انما اعرتها الى طرابلس ويقول المستعير اعرتنيها الى تونس فلا يقبل قول
كل واحد منهما على صاحبه فيحلف المعير على صحة ما ادعاه وياخذ الدابة
ان كانت قايمة ويحلف المستعير ويسقط عنه ضمانها ان كانت قد هلكت
فيما بين طرابلس وتونس ثم هل يسقط عنه الكرا فيه في القدر الذي زاده
على طرابلس في ذلك كلام سياتي الان وهو **قوله** وان ركب اليه فقال
ابن القاسم القول قول المستعير وقال اشهب في طرح الضمان لا في الكرا
وياخذ ما بينهما بيمينه • يعني وان ركب المستعير الدابة الى المكان الذي

ادعى ان المعير اعاره اليه وهو في المثال السابق تونس ثم هلكت الدابة فاتفق
بن القسم واشهب وغيرهما من اهل المذهب ان القول قول المستعير في سقوط
الضمان واختلفوا في الكرا فظاهر قول بن القاسم سقوطه وقال اشهب
الكرا الازم للمستعير فيما بين المسافتين وهو قول سحنون وابن حبيب يعون
ان المستعير يحلف ليسقط عنه الضمان ويحلف المعير وياخذ الكرا وما ذكر
المولف هنا عن بن القسم هو ظاهر قوله في كتاب العاريه من المدونة وفي كتاب
الجعل قال مالك ومن استاجر فسطاطا او بساطا او غرائر او انيه الى مكة ذاهبا
وراجعا جاز فان ادعى حين رجع ضياع هذه الاشيا في البداة صدق في الضياع
قال بن القسم ويلزمه الكرا كله الا ان ياتي ببينة على وقت الضياع قال وان
كان معه قوم في سفره فشهدوا على انه اعلمهم بضياع ذلك وطلبه بحضرتهم
حلف وسقط عنه من يومئذ حصة باقي المدة قال غيره هو مصدق
في الضياع ولا يلزمه من الاجر الا ما قال انه انتفع به وبهذا اخذ سحنون
وقال في قول بن القسم هذه عراقية يصدقه في الضياع ويغرمه الكرا
فيما لم ينتفع به فعورضت هاتان المسلتان في الاخرى والمعارضة
ظاهرة وفي تقريرها والاتيان بالجواب عن ذلك والاعتراض عليه طول
مع شهرته ولذلك تركناه **قوله** وهذه بعينها برسول موافق للمستعير
او مخالف له كذلك • يعني ان حكم هذه المسلة بعينها اذا انضم اليها رسول
رسول من المستعير الى المعير فاعاره الى مسافة ثم اختلف المعير والمستعير
مثل حكم هذه المسلة اذا لم يكن فيها رسول وسوا كان الرسول مصدقا
للمستعير او مكذبا له او مكذبا للمعير والمستعير معا وهذه الصوره نص عليها
اشهب ولابن القسم في المدونة ما يقرب منها على ما ياتي قال اشهب من
بعث رسولا الى رجل يعيره دابة الى برقه فاعاره فركبها المستعير الى افريقية
فعطبت فقال المعير انما اعرتك الى فلسطين وقال الرسول بل الى برقه
فشهادة الرسول هنا لا تجوز ولا عليه لانه انما يشهد على فعل نفسه ويحلف
المستعير انه ما استعارها الا الى برقه ويسقط عنه الضمان ويحلف رب

الدابة

الدابة انه ما اعاره الا الى فلسطين ويكون له على المستعير فضل ما بين كرا برقه على
كرا فلسطين وقال بن القسم في المدونة من بعث رسولا الى رجل يعيره دابة الى برقه
فقال يسلك فلان ان تعيره الى فلسطين فاعاره فركبها المستعير الى برقه ولا
بد ربي فعطبت فان اقر الرسول بالكذب ضمنها وان قال بذلك امرني واكذبه
المستعير فلا يكون الرسول شاهدا لانه خصم وتمت المسلة ههنا في اكثر
الروايات وزاد في كتاب محمد بانه هذه والمستعير ضامن الا ان ياتي ببينة
انه امره الى برقه فاوجبت هذه الزيادة اشكالا على بن القسم لانه وافق
اشهب على سقوط الضمان في المسلة السابقة وخالفه في هذه وعلى هذا فلا تكون
هذه المسلة موافقة للمسلة السابقة في الحكم ثم لبعض الشيوخ كلام في الفرق
بين المسلتين ولغيره اعتراض على ذلك الفرق ولنا كلام على الاعتراض تركناه للا
قوله واذا تنازعا في ردها فالقول قول المعير فيما لا يصدق المستعير
في تلفه • يعني اذا قال المستعير رددت العاريه الى المعير وانكر ذلك المعير
فالقول قول المعير فيما يغاب عليه لانه هو الشي الذي لا يصدق المستعير في
تلفه ويكون القول قول المستعير فيما لا يغاب عليه لانه يصدق المستعير
في ضياعه والحاصل ان دعوى المستعير الرد لدعواه وكانهم عدوا تصديقه
في دعوى الضياع قرينة في تصديقه في الرد لانه لو كان كاذبا في الرد لامكنه
ان يفر الى دعوى الضياع وقد علمت ان هذه القرينة ضعيفة في الوديعة
الا ترى انه قد لا يقبل قول المودع في دعوى الرد مع انه يقبل في الضياع قال
محمد فيما لا يقبل قول المستعير في رده سوا قبضه ببينة او بغير بينة وخرج
اللخمي قولا بقبول قول المستعير في ذلك اذا قبض بغير بينة من قول عبد الملك
في الصانع يدعي رد المصنوع الى ربه وقد قبضه منه بغير بينه انه يقبل
قوله في ذلك فكذلك المستعير **الغصب** قوله الغصب • قال الجوهري
الغصب اخذ الشي ظلما يقول غصبته منه وغصبه عليه بمعنى واحد والاغتصاب
مثله والشي غصب ومغصوب هذا تفسيره لغة واما تفسيره اصطلاحا فقال
المولف اخذ المال قهرا عدوانا من غير حرابه • فقوله اخذ المال كالجنس لهذا

الرسم يدخل تحته الغصب وغيره كاخذ الانسان مال نفسه من تحت يد المودع
وغيره واخذ المشتري المبيع من يد بايعه واخذ البايع الثمن من يد المشتري
الي غير ذلك من الانواع الداخلة تحت هذا الجنس **وقوله** قهرًا يخرج به ما اخذ
علي سبيل الاختيار من دافعه **وقوله** عدوانا يخرج به ما بيناه وله الانسان
من ماله من يد المتعدي والغاصب اذا اخذ منهما الشي المغصوب او المتعدي
فيه وشبه ذلك **وقوله** من غير حرابة يخرج به ما اخذه المحارب فان
الاوصاف السابقه تصدق علي المحارب والحرابه غير الغصب من غير شك
لاختلاف احكامهما اجماعًا من حيث الجملة قال في المدونة وليس كل غاصب
محاربًا لان السلطان يغصب فلا يعد محاربًا والمحارب القاطع للطريق
او من دخل علي رجل بيته فكابره علي ماله او كابره عليه في الطريق بسيف
او عصا او غير ذلك الا ان ذكر القيود في الرسم بحرف السلب لا يحصل
بها تمييز بل توجب الاجمال فانك لا تشا ان تقول مثل ذلك في حد او رسم
اذا سئلت عنه الا قلته **فان قلت** قد رسم المولف رحمه الله الحرابه في
محلها فكانه يقول من غير الحرابة التي رسمناها **قلت** يشترط عندهم
في التعريف ان لا يكون مفتقرًا الي تعريف حقيقه اخري وايضًا فان تعريفه الحرابة
لم يتقدم له ذكر حتى يحصل العلم به للناظر في هذا الموضع وانما عرف
الحرابة فيما ياتي والاحاله انما تكون علي ما تقدم العلم به لا علي علم لم يحصل
الي الان **فان قلت** هل يكون هذا الرسم غير مانع لدخول الاختلاس
فيه **قلت** قد يمنع دخوله تحت هذا الرسم بان المختلس منه انما يعلم باخذ
المال بعد اخذ المختلس له فلا ينطبق عليه اول الرسم حيث قال المولف
اخذ المال قهرًا فان القهر والاختيار انما يعرضان للعالم بما قهر عليه
او بما اختاره والله اعلم ولشهرة حكم الغصب وانه محرم بالاجماع حتى
قيل انه مما اجتمعت عليه الملل ترك المولف التعرض لحكمه وهو من اكل المال
بغير حق وفي تحريم ذلك غير ما اية وحديث **قوله** ويوخذ بحق
المغصوب من مال الصبي المميز ويودب يعني ان الغصب يتصور من

غير

غير البالغ كما يتصور من البالغ لانطباق الرسم عليهما فاما مساواة المميز غير
البالغ للبالغ في اخذ المال لـ منه فلا خلاف فيه لان الحقوق الماليه لا
يشترط فيها التكليف لانها من خطاب الوضع واما تاديبه علي ذلك فهو
ظاهر المذهب والمنصوص للمتقدمين واد به علي ذلك استصلاح له كما يودب
علي غير ذلك وكما يودب البهيمة فيما يحتاج اليه مالكها لا انه مكلف واظن
اني وقفت لبعض الشيوخ علي انه لا يودب غير البالغ علي الغصب واستغني
المولف عن اثبات هذا الحكم للبالغ لانه اذا كان هذا الحكم ثابتا لغير
المكلف البالغ فلان يثبت في حق المكلف اولي **قوله** وكذلك ما افسده
او كسره بخلاف ثمن ما يبيعه هذه المسالة عند اهل المذهب من باب
التعدي لا من باب الغصب فان المذهب التفريق بين حكميهما من حيث
الجملة وان كانا مستويين في هذا الموضع ومراد المولف بثمن ما افسده
المميز او كسره هو مطلق العوض من مثل او قيمة لان الاثمان من عوارض
المعاوضة وانما ذكر لفظة ثمن لتتم له المخالفه في ثمن ما يبيعه لفظًا
كما ثبتت له معنًا وذلك انه اذا باع الصبي شيئًا من ماله وقبض ثمنه واتلف
ذلك الثمن فلا يلزمه بيع ويقضي علي المشتري برد المبيع ولا يلزم الصبي من
ذلك الثمن شي لانه خرج من يد ربه طوعًا بخلاف ما افسده الصبي او كسره
فان ذلك من غير تسليط من مالكه نعم ان صون بذلك الثمن شيئًا
من ماله لزمه الاقل مما صونه او الثمن والمقابلة التي ذكرها المولف
بين ما افسده وكسره ليست حقيقه لان الافساد اعم من التكسير
قوله وفيها فيمن بعث يتيمًا لابق فاخذه فباعه واتلف الثمن يرد
العبد ولا عهدة علي اليتيم تصور هذه المسالة جلي **فان قلت** لاي شي
اتي بها المولف هل علي سبيل الاستشهاد علي رد الثمن فيما قدمه او لانه راه
كالمخالف له من بعض الوجوه **قلت** الاقرب انه انما اتي بها للوجه
الثاني وذلك انا قد منا في الفرق بين ما افسده وبين ثمن ما
باعه ان ثمن ما باعه خرج من يد ربه بتسليطه عليه فلذلك لم يضمن

اليتيم وههنا قد وضع اليتيم يده على الابق باذن ربه فكان ينبغي ان يمضي بيعه
فيه ولكن هذا سوال ضعيف ان اراده المولف لان قصارى امر اليتيم فيه
ان يكون وكيلا على حفظ الابق بعد اخذه والوكيل على الحفظ لا يلزم ما باعه
من مال الموكل **قوله** واما غير المميز فقيل المال في ماله والدم على عاقلته
وقيل المال هدر كالمجنون وقيل كلاهما هدر هذا الكلام مقابل لقوله قبل هذا
ويواخذ الصبي المغصوب من مال المميز ويوذب وجعل المولف مورد الخلاف
في هذه المسئلة عدم التمييز وهو حسن في الفقه غير ان الروايات لا تساعده
واما تعرضوا للتحديد في هذه المسئلة بالسنين فقيل ابن سنتين وقيل سنه
ونصف وقيل غير ذلك ومراد المولف بما ذكره من القول الاول
في الفرق بين المال والدم وان الدم على العاقلة اي يشترط ذلك وهو
بلوغ ثلث الدية وهذا القول هو الاظهر لان الضمان على ما قدمناه من
باب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف فلذلك لا يشترط التمييز وفي
خطاب
القول الثالث الحق غير المميز من بني ادم بالعجما والقول الثاني ضعيف
وان كان المولف اشار الى توجيهه من حيث انه شبهه بالمجنون
قوله ويكون بالتفويت بالمباشرة او باثبات اليد العادية فاعل
يكون او اسمها ضمير يرجع الى الضمان المفهوم من سياق الكلام المولف
فان قلت بالجر في المواضع الثلاثة من اي انواع الباء هي **قلت** هي باء
السبب اي ويكون الضمان بسبب التفويت وسبب التفويت اما
المباشرة وهو سبب محسوس واما اثبات اليد العادية وهو محسوس
باعتبار وضع اليد وحكمي باعتبار الاتلاف وعلى هذا فقوله او باثبات
اليد معطوف على قوله بالمباشرة لا على قوله بالتفويت فان قلت هلا
عطفته على قوله بالتفويت فان كلام المولف يحتمله **قلت** انما حملناه
على المعنى الاول لان الغالب من عادة المولف ان يجعل للحكم الواحد
سببا واحدا اذا جزا او شرطا واحدا كذلك ولا تتعدد الشروط والاسباب
ويمكن حمله على الوجه الاخر ويترجح على غيره بان هذين الوصفين كل

واحد

كل واحد منهما سبب مستقل بنفسه لا يفتقر في كونه سببا الى غيره **قوله**
فالمباشرة كالقتل والاكل والاحراق هذا النوع متفقا عليه كونه سببا للضمان
وهو اتلاف ذات المغصوب بقتل الحيوان او اكل الطعام او احراق الثياب
او غير ذلك من الاتلافات **قوله** واثبات اليد العادية في المنقول
بالنقل وهذا الوجه من وجهي اثبات اليد العادية ايضا سبب للضمان
بالاتفاق وهو نقل ما يمكن نقله كالحيوان والثياب بنقلها الغاصب
فتهلك تحت يده بامر من الله تعالى فلا خلاف انه يضمنها **قوله** وفي
العقار بالاستيلا وان لم يسكن هذا الوجه سبب لضمان العقار عند مالك
والشافعي وليس من اسباب الضمان عند ابي حنيفة وابي يوسف وخالفهما
محمد بن الحسن فقال بقول مالك والشافعي فالاولون يرون ان حقيقة
الغصب انما هي وضع اليد على مال الغير عدوانا وسوا كان هناك نقل
او لم يكن والاخرون يرون ان الغصب وضع اليد مع النقل او امكانه
وهذا القيد متعذر في العقار فلا يضمن الا ان يفعل فيه الغاصب
فعلا وعمدة اهل المذهب ومن وافقهم ان وضع اليد كما يثبت في
حق اليد المحققة حتى تقوم الشهادة على الملك ويقع الاختصاص من اجله
فتلك اليد اذا كانت بتعد كانت غصبا والمسئلة مشهورة في علم الخلاف
قوله فلو غصب السكنى فانهدمت الدار لم يضمن الا قيمة السكنى
معناه ان واضع اليد على مال غيره على سبيل العدا لا يكون بهذا
القدر غاصبا لذات ذلك المال وانما يكون غاصبا للقدر الذي قصد
الى وضع اليد عليه فان كان قصد الى وضع اليد على الذات ليملكها
خصه اهل المذهب باسم الغاصب واعطوه حكمه وان قصد الى الانتفاع
بتلك الذات ولم يقصد الى ملك رقبتها خصوه بالتعدي واعطوه
حكمه على ما علم في المذهب من الفرق بين التعدي والغاصب وجعل
المولف هذا الفرع مبنيا على هذه القاعدة ولذلك ادخل الفا المعقبة
للسبب على هذا الكلام وهو حسن لو طردوه ولكنهم قالوا في المتعدي

على الدابة كالمكتري يزيد في المسافة او المستعير يزيد فيها ايضاً انه
يضمن الرقبة ان هلكت وان كان كل واحد منهما لم يقصد الى ملك الرقبة
فان قلت المتعدي على الدابة ناقل لها والمتعدي على الدار ناقل لها قلت
قد اسقط اهل المذهب وصف النقل في المغصوب عن درجة الاعتبار
في ضمان الغاصب وهذا ينبغي ان يكون في حكم ضمان المتعدي قوله
ويلغى الركوب في الدابة والجحد في الوديعة • يعني انه يلغى في ضمان
الغاصب والمتعدي ركوبه للدابة وجحده للوديعة فتهلك الدابة بعد
ركوبها او بامر من الله تعالى وكذلك الوديعة ومسلة الركوب
ظاهر باعتبار الغصب فان وضع اليد وحده كاف في تعلق الضمان فكيف
اذا صحبه الركوب واما المتعدي فقد نبهناك الآن على ما فيه وقد تقدم
الكلام في محله في كتاب الوديعة قوله والتسبب بالفعل المهيء
لسبب اخر مثلها • يعني ان سبب السبب قائم مقام السبب في هذا
الباب وذلك انه قدم بيان سبب الضمان وهو التفويت بالمباشرة واثبات
اليد العادية وذكر ههنا ان سبب احد هذين السببين يقوم مقام
كل واحد منهما على البدل وعلى هذين السببين يعود الضمير من قوله مثلهما
قوله فيجب الضمان على المكره على اتلاف المال • هذا الفرع وما بعده
من نتيجة قوله والتسبب بالفعل المهيء ولذلك اتى بالفاء في اوله والرا
من قوله المكره مكسورة على انه اسم فاعل قال سحنون في عامل اكره
رجلا على ان يدخل في بيت رجل فيخرج منه متاعا ليدفعه اليه فاخرج
له ما امر به ودفعه اليه ثم عزل العامل وقام رب المتاع فله ان
ياخذ بذلك من شاء منهما فان اخذ من المامور على الامر ليغرمه
رجع به المامور على العامل قال وان عزل الامير وغاب رب المتاع
فقام المامور على الامر ليغرمه وقال انا اوخذ به اذا جاء صاحبه
فان ذلك له ولعدي عليه هذا ما حكاه بن يونس قال بن رشد في
قوله لعدي عليه نظر والذي يوجبه النظر ان يقضى له بتغرمه اياه

والمكره

يمكن منه ويوقف لصاحبه وحكى ابو محمد في نوادره عن كتاب بن سحنون
بعد كلام له مع المخالفين ما نصه فقد افسدوا اهل العلة بقولهم
معناه في المكره له انه في سعة من ذلك لانه كالمضطر ويضمن الامر
ولا ضمان على المامور وان ابى ان ياخذ حتى قتله كان عندنا في سعة
وقال سحنون في كتاب ابنه اذا اكره رجل على ان ياخذ مالا لرجل
فرمى به في مهلكة بوعيد بقتل او سجن او قيد فاذن له ربه في ذلك
من غير اكراه فلا شي عليه ولا على الذي اكرهه وان كان ربه مكرها
على الاذن في ذلك فالمكره الفاعل ضامن وان كان عديما فالضمان
على الذي اكرهه ثم لا رجوع له على الفاعل اذا ايسر وفي المبسوطة
عن عبد الله بن عبد الحكم واصبغ انه لا شي على المامور اذا كان قد
اكره على ذلك قوله ومن حفر بيرا عدوانا فتردى فيها انسان
او بهيمة لا يريد بقوله عدوانا ان يحفرها في ملك غيره وانما يريد ان
يحفرها في موضع يظن معه سقوط الناس او البهائم فيها عادة كالحافر
في الطرق او منزله للسارق وشبه ذلك والمجرور بعلى معطوف
على المجرور السابق في قوله فيجب الضمان على المكره قوله فان رداه
غيره فعلى المردي تقديما للمباشرة • يعني اذا اجتمع المتسبب والمباشر
وجب اسناد الحكم الى احدهما وتعين ان يكون هو المباشر لانا ان
اسندنا الحكم اليهما معا لزم التسوية بين الراجح والمرجوح وان لم نسنده
اليهما لزم اهدار الدم مع وجود القاتل وان اسندناه الى التسبب
وحده لزم تقديم المرجوح على الراجح فان قلت هلا اسندت الحكم
اليهما على الحكم الذي قدمته عن سحنون في مسلة الاكراه بان يضمن
المباشر ويرجع على الامر او يرجع رب المال على من احب منهما لانه
يرجع عليهما معا قلت هذا السبب الذي هو الحفر اضعف من سبب
الاكراه على التلف قطعا فلما قوي السبب في مسلة الاكراه جعل فاعله
كالمباشر فاذا اجتمع مع المباشر صار كالمباشرين وعلى هذا لو كان حافر

البير قصد بحفرها الاهلاك رجل معين ودفع اخر ذلك الرجل لوجب ضمنهما
معا ان كان المدفوع عبدًا او قتلهما ان كان حرًا **قوله** ولو فتح قفص
طاير فطار او حل حبل دابة فهربت او قيد عبد فابق ضمن • هذه اسباب
ظاهرة مستلزمة لمسبباتها استلزامًا يقينيًا فلذلك رتب عليها الضمان
وقد نص على ذلك في المدونة الا انه شرط في مسلة العبد ان يكون قيد
لخوف اباقه وهو شرط ظاهر ولو قيد بقصد النكال بالقيد لم يجب
على من حله منه ضمان ان هرب العبد قال المازري ولم يختلف
النقل عن ابي حنيفه والشافعي في انه اذا طار الطاير بعد تباطي فانه
لا يضمن وانما اضطرب النقل عنهما في طيرانه عقيب الفتح من غير مهلة
قوله ومن فتح بابًا على دواب فذهبت ضمن وقيل ان لم يكن فيها اهلها
القول الاول مذهب اشهب وشرط ان تكون الدواب مسرحة في الدار
غير مربوطه وهو مختار غير واحد من الشيوخ والقول الثاني لابن القسم
في المدونة وشبهها بمسلة السارق يدع الباب مفتوحًا واهل الدار
نيام او غير نيام فيذهب بعد ذلك من الدار شي انه لا ضمان على السارق
قوله ومن اتلف مغصوبًا ضمن وان لم يعلم • لفظه مغصوبًا بالغين
المعجمه والبا الموحدة وليست بالعين المهمله والميم كما ضبطه بعضهم
فان ذلك لا اشكال فيه والذي اراده المولف ان الاتلاف علة في
ضمان مال الغير سوا كان ذلك المال تحت يد مالكه ومن هو نايب
عن مالكه اولا ولذلك اكده بقوله وان لم يعلم اي لا يشترط في ضمان
المتعدي العلم بالتعدي بل لو اتلف مال نفسه فيما يظنه ثم تبين له انه
اتلف مال غيره لضمن وزاد المولف هذا تحقيقا بقوله ولو قدمه الغاصب
لضيف فاكله غير عالم لضمن فاعل ضمن ضمير يرجع الي الضيف ولا يريد المولف
انه لا يضمنه الا الضيف بل هذه هي مسله هبة الغاصب لهب الشي المغصوب
وسياتي حكمها وقد تقدم ان احكام الاموال من باب خطاب الوضع
فلا يشترط في الضمان علم الغاصب ولا ارادته **قوله** ولصاحبه برى الغاصب

فيها ح

بلغ مقابلة باصله

يعني

الثاني

يعني ولو قدمه الغاصب الي صاحبه فاكله بري الغاصب سوا علم ربه انه طعامه
اولم يعلم لان ربه هو الذي باشر اتلافه **قوله** ولو اكرهه صاحبه فاكله
بري • يعني لو اكله صاحبه مكرهًا على ذلك فلا ضمان على الغاصب لما قدمناه
من ان ربه هو الذي اتلفه مباشرة الا انه مشكل من وجهين احدهما انا قدمنا
عن سحنون ما ظاهره في مسله الاكراه ان المغصوب منه يطلب المكره اولا
فاذا اغرم لم يرجع على المكره المباشر وعلى هذا التقدير لا يبعد ان يقوم رب
الطعام على الغاصب الذي اكرهه على الاكل لان المتسبب في مسله الاكراه
مقدم في الضمان على المباشر والوجه الثاني ان هذا الطعام قد لا يملك
ربه لان ياكله لانه ذو ثمن معتبر وشان ربه اكل ما هو دونه لضيق حاله
او لانها عادة امثاله فينبغي في مثل هذه الصورة ان يضمنه الغاصب
لربه ويسقط عنه من قيمته القدر الذي انتفع به ربه ان لو كان من الطعام
الذي شانه اكله **قوله** ويكون لعين ومنفعه • يعني ان الغصب
يكون لذات وهو مراده بقوله لعين ويكون لمنفعة تلك الذات
قوله فالعين مثلي ومقوم • تقسيم المضمون من الاعيان الي مثلي
اي يضمن مثله والي مقوم يضمن قيمته وهو مذهب فقها الامصار وذهب
العنبري الي ان المضمونات تضمن كلها بالمثل لا بالقيمة وحكاه ابو
عمر عن الشافعي وابي حنيفه وداود وحكاه الباجي عن الشافعي وابي
حنيفه قال وروي عن مالك مثل قول ابي حنيفه والشافعي والاول هو الصحيح
وهو المشهور عنه قال المازري هكذا وجدناه في نسخ من المنتقى واراه
وهما منه او من الرواة الذين ذكروا ذلك عنه واحتج الجمهور بقوله عليه
السلام من اعتق شركا له في عبد قوم عليه نصيب شريكه قيمة لا
وكس فيها ولا شطط وحجة الاخرين ما رواه ابو داود قالت عايشه
رضي الله عنها ما رايت صانعًا طعامًا مثل صفيه صنعت لرسول
الله صلى الله عليه وسلم طعامًا فبعثت به فاخذني افكل فكسرت
الانا فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت فقال انا مثل الانا

وطعام مثل الطعام وفي روايه قال النبي صلى الله عليه وسلم غارت
امكم كلوا وحبس الرسول صلى الله عليه الرسول والقصعة حتى فرغوا
فدفع القصعة الصحيحة الى الرسول وحبس القصعة المكسورة في بيته
ولكل واحد من الفريقين تاويل على ما تمسك به صاحبه وذكر ذلك
بما فيه يطول **قوله** فذوات الامثال من المكيل والموزون
والمعدود وجميع الاطعمة تضمن اذا اتلفت بمثلها يريد المعدود الذي
تتفق مقاديره عادة ويباع عددا كالجوز والجلوز وعطف الاطعمة
على ما قبلها من عطف الخاص على العام فان الاطعمة ان لم تكن مكيلة
ولا موزونة ولا معدودة على الصفة التي ذكرناها لم تضمن بالمثل
وانما تضمن بالقيمة وظاهر قوله اذا اتلفت ان التلف شرط في الضمان
وليس كذلك فان الضمان قد يكون بما دون تلف العين بل يكفي
فيه لبعض من انواع التغيير على ما سياتي بيان كثير منها **قوله**
فان فقد المثل صبر حتى يوجد عند ابن القسم وله طلب القيمة الان عند اشهب
يعني اذا كان المغصوب من ذوات الامثال وتعذر وجود مثله في الحال
ولم يؤيس من وجوده لكن يوجد بعد طول فان اختار ربه الصبر الى
وجود مثله فله ذلك وان اراد تعجيل القيمة فله ذلك عند اشهب وليس له
ذلك عند ابن القسم قال ابن عبدوس اختلفا في هذه كما اختلفا في الذي
يسلم في الفاكهة فيفرغ ابانها وقد بقي له منها فالصبر حتى ياتي
بالطعام من بلد اخر كالصبر حتى ياتي ابان الثمرة الى عام قابل فسوى
ابن القسم بينهما في لزوم الصبر حتى ياتي بالطعام وحتى ياتي قابل في
الفاكهة وقال اشهب يرد اليه راس المال في السلم ولا يجوز ان
يؤخره وقال في الطعام ياخذ فيه قيمة الطعام ان شا وان شا اخره
حتى ياتي بالمثل قال محمد فسخ الدين في الدين على اصله فلا يجوز ان
يؤخره بالطعام اذا كان له اخذه بالقيمة وانما ينظر فان كان الموضع
يوجد فيه مثل الطعام على يوم او يومين او ثلاثه والامد القريب فليس

له الا المثل الطعام حتى ياتيه به وان كان بعيدا اما على الطالب في تاخيره
ضرر او كان استهلكه في لج البحر او في ياف بعيده من العمران فهذا
يغرم قيمته حيث استهلكه ياخذه بها حيث لقيه ويمكن ان يجاب
عن اشهب فيما اشار اليه ابن عبدوس من مناقضته بان يقال اصل السوال
مبني على تهمة المغصوب منه والمسلم بان يختار اشيا ثم او ينتقلا الى غيره
والتهم تتقوى في عقود البيع وما يؤول البيع اليه لان ذلك ابتدا انها
وقع باختيار المتبايعين وتضعف التهم في مسايل الغصب لانه يقع بغير
اختيار المغصوب منه ويبعد ان يتوسل بما فعله الى صورة يؤول
الامر اليه من فسخ الدين في الدين وشبه ذلك **قوله** فان وجده في
غير مكانه وهو معه بعينه فقال ابن القسم لا يلزمه الا مثله في مكان
الغصب وقال اشهب له اخذه او اخذ مثله في مكان الغصب وقال
سحنون ما اعرف هذا وقال اصبغ في البعيد كابن القسم وفي القريب
كاشهب يعني فان وجد رب المثلي الغاصب بغير بلد الغصب والمثلي
معه بعينه وتصور كلام ابن القسم واشهب واصبغ ظاهر ولاشهب قول
اخر مثل قول ابن القسم وسحنون موافق لابن القسم قال سحنون انما له
اخذه بموضع الغصب وقال لا اعرف هذا اي قول اشهب من قول
الرواة والاقرب كان مذهب اشهب لانه لا يسقط حق رب الطعام
من عين ذلك الطعام لغرض له فيه فان اسقط حقه فيه بعينه كان
له اخذ مثله في موضع الغصب اذ هو احف على الغاصب قال ابن القسم
ولو اتفقا على ان ياخذه بعينه او مثله بموضع نقله او ياخذ فيه ثمنا
جاز بمنزلة بيع الطعام القرض قبل قبضه وقاله اصبغ وحكى بعضهم
عن مالك انه منع من ان ياخذ طعاما مخالف الطعام المنقول ولو بقي
الطعام بموضع الغصب وسافر الغاصب الى بلد اخر فلقيه رب الطعام
في هذا البلد فابن القسم يرى ان لا يقضى عليه حيث هو بالطعام وانما
يقضى عليه بان يدفع الطعام او مثله في البلد الذي غصبه فيه وان

لعله صوابه لقيه

كان في ذلك تاخير لصاحب الطعام عن حقه واستيفائه ويرى اشهب اذا
بعد ما بين البلدين ان يقضي لصاحب الطعام بالبلد الذي غصبه فيه باخذ
ذلك حيث لقيه او يقضي للطالب بمثل طعامه اذا كان سعر طعامه بالبلد الذي
تلاقيا فيه وفي البلد الذي غصبه فيه الطعام سوا او كان حيث تلاقيا ارخص
يقضي بهذا التخيير لصاحب الطعام **قولـــه** ولاخلاف ان الغاصب يمنع
منه حيث يتوثق منه • لاشك ان الضمير المجرور اولا عايد على الطعام وشبهه
من المثلي وان الضمير المجرور ثانيا عايد على الغاصب والذي حكاه المولف
هنا هو قول اصبغ ومحمد في كتاب محمد واشار لبعض الشيوخ الى نفي الخلاف
في ذلك كما صرح المولف به وهو صحيح في النظر غير انه لا يبعد وجود الخلاف
او ما يدل عليه من فروعهم واظن اني وقفت على ما يقتضي ذلك ولو
اراد المغصوب منه ان يكلف الغاصب رد المغصوب الى موضع الغصب
لم يكن له ذلك في المشهور من المذهب وقال المغيرة في المجموعة فيمن غصب
خشبة من عدن واوصلها الى جدة وانفق على ذلك مائة دينار ان
لربها ان يكلفه ردها وله ان ياخذها بعينها قال ولو كان نقلها بوجه
شبهة وقيمتها حيث وصلت اكثر من قيمتها في المكان الذي نقلت
منه فاراد ربها اخذها كلف ان يدفع الى حاملها الاقل من كرائها
وما زاد في قيمتها وذكر ابن حبيب فيمن استوجر على حمل شيء ينقله من بلد الى
بلد اخر فنقل غيره خطا ان لصاحبه تضمين الناقل او اخذ ما نقله بعد
ان يودي الكرا عند ابن القسم ولا يلزمه عند اشهب ولا يجبر الحمال
على اعادته الى المكان الذي نقله منه **قولـــه** فان اتلف حليا فقيمته
وقيل مثله • القول الاول هو قول ابن القسم في كتاب الغصب
من المدونة وهو اصله في المثلي اذا دخلته صنعة انه يعود بسبب تلك الصنعة
من ذوات القيم كما قال في الغزل واصل غيره ان الصنعة لا تنقله عن حكم
الاصل بل يبقى على حكم ذوات الامثال كما قاله ايضا في الغزل **قولـــه**
فلو كسره اخذه وقيمة الصياغة • هذا قول ابن القسم في كتاب الغصب من

المدونة

المدونة قال لانه انما افسد له صنعة وفي كتاب الرهن منها وفيها في الرهن وكان
ابن القسم يقول اذا كسر الخلخالين فانما عليه ما نقص الصياغة ثم رجع الى ان يغرم
قيمتهما ويكونان له فانظر هل القول الاول من هذين القولين موافق لما حكاه
المولف او يريد به ما يعطيه ظاهر كلامه وهو ما نقصه فساد الصياغة من
قيمة الجميع مصوغا فيكون في المدونة ثلاثة اقوال وذكر ابن المواز عن اشهب
ان عليه ان يصوغهما له قال ابن المواز وهو احب الي من قيمتهما وما نقصهما قال
وقد قاله مالك فيهما وفي الجدار يهدمه فان لم يقدر ان يصوغهما فعليه ما نقصا
من قيمتيهما مصوغين ومهشمين ولا ابالي قوما بذهب او فضة وقال
في المدونة في استهلاك سوارين من ذهب عليه قيمتهما مصوغين من
الدراهم وله ان يوخرها بتلك القيمة قال وكذلك من غصب لرجل ثوبا فحكم
عليه بقيمته فلا باس ان يوخره بها ولنتمم ما قيل في الجدار المهدم وان
لم يكن من هذا الفصل ففي كتاب ابن المواز من غصب دارا فهدمها ثم اسسها
رجل فان شا احد منه قيمتها يوم الغصب وان شا اخذ العرصة والنقض
على ان لا يتبع الغاصب بشي ولو هدمها ثم بناها بنقضها بعينه فاعادها
كما كانت فللغاصب قيمة هذا النقض المبني منقوضا اليوم وعليه قيمته
منقوضا يوم هدم فيتقاصان هذا مذهب اشهب ومالك وهو احب الي
وقال ابن القسم يحسب على الهادم قيمة ما هدم قائما ويحسب له قيمة ما
بنى منقوضا وهذا الذي ذكره ابن المواز هنا هو اجرى على الاصول لانه
حكم بالقيمة في ذوات القيم واما ما قدمناه عنه في الجدار فخارج
عن الاصل لانه حكم بالمثل في ذوات القيم ولعل هذا القول هو القول
الشاذ الذي حكاه الباجي عن المذهب فيما تقدم **قولـــه** ولو اعاده
على حاله اخذه بغير عوض وقيل قيمته • القول الاول جار على مذهب اشهب
الذي يقول عليه اعادته مصوغا كما كان والقول الثاني منصوص
عليه في كتاب ابن المواز وهو جار على قول من قال يلزمه في افساد
المصوغ قيمته واما الجاري على قول من يقول قيمة الصياغة فمشكل

ويمكن ان يقال هو القول الاول لانا انما حكمنا بقيمة الصياغة لتشغل
قبل ان تفعل واما بعد ان فعلت فالقضا لها اولى من القضا بقيمتها ولا سيما
وثم قول مشهور ان الصياغة في المثلي لا تخرجه عن اصله بل يبقى على حكمه من
ذوات الامثال **قوله** وعلى غيرها فقيمته • لجني ولو رده الغاصب
على غير الحالة التي كان عليها فيلزم فيه القيمة وهذا ينبني على القول باب في
اتلاف المصوغ قيمته لا مثله واما على قول من قال الواجب في ذلك
هو المثل فلا شك في لزومه هنا وهذا كله ظاهر اذا رده الغاصب على حال
بعيدة من الحال الاولى فان رده على حال تقرب من الاولى ولكن ليست مثلها
فينبغي ان يخير في اخذه على حاله او اخذ قيمته **قوله** ولو اشتراه غير
عالم بغصبه فكسره ورده على حاله لم ياخذه ربه الا بقيمة صياغته لانه لم يتعد •
يعني ان المشتري لو كان غير عالم بان البائع غاصب ثم اشترى منه كان
حكمه مخالف لهذا وهو كذلك فان حكمه حينئذ يكون حكم الغاصب سوا او قد سبق
وما قاله المولف من ان ربه لا ياخذه من يد المشتري الا بعد غرم قيمة الصياغة
فهو بنا على ان المشتري لا شي عليه في الاتلاف وهو المنصوص في هذا الفرع
بعينه وفي الدار يهدمها بخلاف الشاة يذبحها والثوب يقطعه والعصا
يكسرها وشبه ذلك وهو مشكل واصل المذهب ان كل ما اتلفه المشتري
متعمدًا فانه يضمنه سوا انتفع او لم ينتفع وما تلف بامر من الله تعالى
فلا شي عليه فيه وما اتلفه خطأ فقولان اشهرهما انه يضمن فقول المولف
في توجيهه هذا الفرع لانه لم يتعد لا يكفي وهذا الفرع يحتمل لوجوه كثيرة
تركناها اختصارًا **قوله** ولو طحن القمح فمثله وقال اشهب وله اخذه
بغير غرم • يريد ولو طحن الغاصب القمح الذي غصبه لم يكن لربه الا مثله
وليس له اخذ دقيق ذلك القمح لا بعوض عن طحنه ولا بغير عوض هذا مذهب
ابن القسم في المدونة وغيرها وقال اشهب هو مخير ان يضمنه مثل ذلك
القمح ويبيع له الدقيق وبين ان ياخذ دقيقه بغير عوض هكذا فهم بعض
الشيوخ قول اشهب وانه يوافق ابن القسم على تضمين مثل القمح وهو الذي يدل

عليه

عليه الواو من قول المولف وله اخذه فانها تستدعي تقدم معطوف عليه يكون
للمغصوب منه الخيار بينه وبين المعطوف والقولان معًا لمالك رحمه الله تعالى
والنفس اميل الى ما قاله اشهب ولذلك لم يجزم ابن القسم في كتاب الغصب
من المدونة بلزوم مثل القمح ولا بد فقال ومن غصب حنطة فطحنها
دقيقًا فاحب ما فيه الي ان يضمن مثل الحنطة وقال في كتاب القطع
ولو طحنها سويقًا ولته ثم قطع ولا مال له غيره فان رب الحنطة من اخذ
السويق فليبع ويشتري له من ثمنه مثل حنطته وظاهره ان لرب الحنطة
اخذ السويق جبرًا لبعد لتاته ولكنه لفظ اختصر عليه المدونة لبعض
الشيوخ والصواب خلافه على نحو ما وقع في الاصل وهو فقال رب الحنطة
انا اخذ السويق فهو مثل ما وصفنا يباع السويق ويشترى له من ثمنه
مثل حنطته وهو الذي نص عليه ابن القسم واشهب في كتاب محمد انه ليس
لرب الحنطة اخذ السويق ولكن يباع ويشترى له به مثل حنطته وما فضل
للسارق وما عجز فلا يتبع به لعدمه قال بعض الشيوخ ويجوز لرب القمح اخذ
السويق ملتوتا عوضا عن الحنطة اذا رضيا بجواز بيع الحنطة بالسويق
متفاضلا ولو غصبه سويقًا فانما عليه مثله ولا يجوز ان يتراضيا باخذه
ولعطيه ما لته به للتفاضل بين الطعامين من نوع واحد **قوله** ولو
استهلك غزلا فقيمته وقيل مثله • القول الاول لابن القاسم والثاني
لغيره وهما معا في كتاب تضمين الصناع من المدونة وقد تقدمت الاشارة
الى توجيه كل واحد منهما **قوله** والمقوم كالحيوان والرقيق والعروض
يتلف بافة سماوية يضمن قيمتها يوم الغصب وقال اشهب بالاكثر من الغصب
الى التلف • لما انقضى كلامه في المثلي اخذ يتكلم في المقوم وهو ما عدا المثلي
الذي تقدم فيدخل في ذلك الحيوان والرقيق والعروض والمثلي الجزاف
فان ذلك كله يضمن بالقيمة على ما تقدم ولو طلب المغصوب منه في الجزاف
ان يقضى له بكيله او وزن يتحقق ان الجزاف المستهلك لا ينقص عنها
ففي ذلك قولان احدهما تمكينه من ذلك لان الاصل القضا فيه بالمثل

وانما عدل عن ذلك الى القيمة لامتناع الاطلاع على حقيقة المماثلة في المكيل والموزون
فاذا طلب ما هو اقل من حقه لم يمنع من ذلك والقول الثاني انه لا يمكن من ذلك
لان نفس الاستهلاك اوجب القيمة فليس للمغصوب منه تغيير هذا الحكم
ولو استهلك طعاما في ايام الشدة وغلا الطعام ثم حكم عليه في رخاء
ذلك الطعام ففيه قولان المشهور انه لا يتغير الحكم ويقضي بالمثل والقول الاخر
انه يقضي عليه بقيمته حين غصبه في ايام غلائه ثم اذا تلف المغصوب
بامر من الله تعالى وهو مقوم فالمشهور ان القيمة في ذلك يوم الغصب
ووضع اليد لانه سبب الضمان فوجب اضافة الحكم اليه والشاذ انه
يضمن اعلا القيم لانه كل حين غاصب فلرب المغصوب ان يرفع عنه حكم
العدا في زمن او ياخذ به في زمن اخر وهذا هو قول اشهب وعبد الملك
بن وهب فيما حكاه بن شعبان عنهم وهو اقرب في النظر وفي كلام
المولف حذف مضاف في موضعين في قوله من الغصب الى التلف اي
من يوم الغصب الى يوم التلف **قوله** فان اتلفه اجنبي خير ربه بين
القيمة من الجاني يوم الجناية وبين ما على الغاصب منه بخلاف الغاصب على
المشهور • يعني فان اتلف اجنبي الشيء المغصوب وهو مقوم كان ربه بالخيار
بين ان ياخذ قيمته من الجاني يوم الجناية وبين ان ياخذ القيمة من الغاصب
يوم الغصب على المشهور من القولين في المسالة السابقة او اكثر القيم على
مذهب اشهب وعبد الملك بن وهب والى هذا اشار المولف بقوله وبين
ما على الغاصب منه لان الذي على الغاصب منه هو الذي قدمه من القولين
في المسالة السابقة واما قوله بخلاف الغاصب على المشهور فمعناه بخلاف
اتلاف الغاصب له فان الغاصب اذا اتلف المغصوب ففي ذلك قولان
المشهور منهما وهو مذهب بن القاسم في المدونة انه ليس على الغاصب
الا القيمة يوم الغصب ولا يلتفت الى القيمة يوم القتل والاتلاف وقال
سحنون القتل فعل ثان يشبه بذلك الى انه اذا كان القيمة يوم القتل
اكثر منها يوم الغصب فللمغصوب منه اخذ الغاصب بذلك لانه متعد
بالقتل

بالقتل كالاجنبي وهذا ظاهر الا ان بن القسم لم يعتبر تعدد الاسباب في الضمان اذا كانت
من فاعل واحد واقتصر على السبب الاول منها ثم رجع سحنون الى قول بن القسم
ولابن القسم ايضا قول اخر مثل قول سحنون الاول وسياتي بقية الكلام على هذا
المعنى حيث يشير اليه المولف **قوله** ثم يتبع الغاصب الجاني بجميع القيمة
يعني فان اختار المغصوب منه تغريم الغاصب وترك طلب الجاني فاخذ القيمة
من الغاصب كان للغاصب ان يطلب الجاني بقيمة المغصوب يوم الجناية اذا
كانت القيمتان متساويتين فان لم تكونا متساويتين فهو ما يذكره المولف
بعد هذا فان قلت لم قيدت كلام المولف بالتساوي **قلت** لانه قابل
هذا الكلام بما بعده والذي بعده يختلف القيم فوجب حمل مقابله على التساوي
قوله فان كان ما اخذه ربه اقل مما يجب له على الاخر فله الزايد من الغاصب لا من الجاني • يعني فان اخذ رب المغصوب اقل القيمتين
اما من الغاصب واما من الجاني فهل له ان يرجع على الاخر الذي لم ياخذ منه
القيمة فيتبعه بتمام اكثر القيمتين في ذلك ثلاثة اقوال احدها انه يرجع بذلك
على من وجب له عليه الاكثر ايهما كان والثاني انه لا يرجع بذلك على واحد
منهما والثالث انه ان اخذ اقل القيمتين من الجاني رجع بالزايد على الغاصب
وان اخذ الاقل من الغاصب لم يرجع بالزايد على الجاني والقول بالرجوع
مطلقا هو ظاهر قول اشهب فيما حكاه عنه بن المواز ومقابله هو ظاهر كلام
سحنون وانه لم يصرح به وانما ذكر ان رب المغصوب اذا اخذ القيمة من
الجاني وهو اقل لم يرجع بتمامها على الغاصب والقول الثالث هو مذهب بن
المواز وتاوله بعضهم عن بن القسم قال بن المواز لان المغصوب منه يقول
انما اخذ من القاتل ما يجب عليه للغاصب ولي على الغاصب اكثر منه فصار
كغريم غريمي والزم على هذا بعض الغرويين ان لو كان للغاصب غريم ما لم يكن
هذا احق بما اخذ من الغريم ما لانه انما ياخذ ذلك عن الغاصب من غريم الغاصب
فهو اسوة غرما الغاصب الا ان يريد رفع الضمان عن الغاصب فلا يتبعه
بقية القيمة ويكون اولى بما اخذ من الجاني من غرما الغاصب **قوله**

وعن ابن القسم فيمن سام سلعة فاعطاه غير واحد فيها ثمنا فاتلفت ضمن ما اعطي فيها
وقال سحنون القيمة • ما حكاه المولف عن ابن القسم هي رواية عن مالك في العتبية
وزاد اذا كان عطا قد تواطأ الناس عليه ولو شا ان يبيع باع وقال عيسى يضمن
الاكثر من الثمن او القيمة قال ابن رشد قول عيسى مفسر لقول مالك لذا هو منصوص
لمالك عليه قال عليس في المسلة الاقوال **قلت** قد حمل غيره هذه الاقوال علي
ظاهرها ولم يجعل قول عيسى مفسرا لقول مالك **قوله** فان وجد في غير
مكانه فثالثها لابن القسم ان كان حيوانا فليس له الا اخذه وفي غيره تخير بينه وبين
قيمته بموضع الغصب • قد تقدم حكم نقل المغصوب المثلي وهذا حكم نقل المقوم
وكلام المولف يعطي ان القول الاول ليس لربه الا اخذ عينه وهذا قول سحنون
والقول الثاني وهو قول اشهب ان ربه ان ربه يكون مخيرا بين اخذ عين
شيه او اخذ قيمته لان القول الاول هو الجز الاول من القول الثالث
والقول الثاني هو الجز الثاني من القول الثالث علي عادته في ترتيب
الاقوال وتصور القول الثالث ظاهر الا ان المولف نسبه لابن القسم وانما
هو رواية سحنون عن ابن القسم عن مالك في المجموعه والذي حكاه بعض
اكابر الشيوخ عن ابن القسم ان نقل الحيوان والعروض والطعام فوت
يوجب له قيمة الحيوان والعروض ياخذ بها حيث لقيه ومثل الطعام ببلد
الغصب فعلي هذا يكون في نقل المقوم اربعة اقوال قال في المجموعه بعد ان
حكي القول الثالث ومعني هذا في الرقيق والدواب الذي لا تحتاج الي الكرا
عليهم قال بعضهم وعلي هذا لو احتاج الي الكرا كان حكمهم حكم السلع وصوب
ابن المواز قول اشهب وقيده بالبلد البعيد عن محل الغصب وهو الاظهر عندي
للضرر الداخل علي المغصوب باخراج ملكه عنه او لزوم نقله الي بلد اخر
فيختار اخف الامرين عليه **قوله** فلو وجد الغاصب خاصة فله تضمينه
يعني فلو لقي المغصوب منه الغاصب في غير بلد الغصب وليس معه الشي
المغصوب فله تضمينه القيمة لبعد واخذ عين شيه في الحال وله التصبر
الي البلد لكن يكلف الغاصب الخروج مع المغصوب منه او مع وكيله ليقبض منه

المغصوب

المغصوب **قوله** ولو رجع بالدابة من سفر بعيد بحالها لم يلزمه سواها عند
ابن القسم بخلاف تعدي المكتري والمستعير وفي الجميع قولان • وسياتي
مسلة المدونة التي يذكرها المولف بعد هذا ولعني ولو سافر الغاصب
بالدابة سفرا بعيدا ثم ردها وهي علي حالها لم تتغير لم يكن علي
الغاصب شي سوا ردها الي يد ربها وهو مراده بقوله سواها
بخلاف المكتري او المستعير يزيدان في المسافة زيادة بعيدة
ثم يردان الدابة علي حالها فلربها اخذها وله تركها واخذ القيمة
من المتعدي ثم قال وفي الجميع قولان يعني قولين غير قول
ابن القسم احد القولين ليس لربها الا الدابة في الغصب والتعدي
معا وليس له تضمين القيمة والقول الثاني هو تخير في الجميع بين
اخذ الدابة واخذ قيمتها واعلم ان وصف المولف لهذا السفر بكونه
بعيدا تفيد فايدتين احدهما بحسب مفهوم الموافقه في الغاصب
والثاني بحسب مفهوم المخالفه في التعدي وذلك ان ابن القسم
اذا قال في الغاصب يرد الدابة بحالها بعد ان سافر عليها
سفرا بعيدا ليس لربها الا اخذها فاحري الا يكون لربها الا ذلك
في السفر القريب واذا قال في التعدي علي الدابة في السفر البعيد
يكون لربها الا ذلك في السفر القريب واذا قال في المتعدي علي
الدابة في السفر البعيد يكون ربها مخيرا فلا يلزمه ان يقول ذلك في
السفر القريب وكذلك هو منصوص له اذا ردها بحالها علي نحو
ما اشار اليه المولف ثم هذا الحصر الذي اعطاه كلام المولف حيث
قال لم يلزم سواها يحتمل ان يبقي علي ظاهره فلا يكون علي الغاصب كرا
في سفره علي الدابة ويحتمل ان يريد به نفي قيمة الدابة التي يكون رب
الدابة مخيرا فيها في التعدي لا كرا الدابة وهذا التفريق الذي
ذكره ابن القسم هنا مبني علي اصل المذهب في التفريق بين الغاصب
والمتعدي والغاصب عندهم هو القاصد لتملك الرقبة والمتعدي

لا يقصد تملكها وانما يقصد تحصيل المنفعة لنفسه كما فرضه في المكتري والمستعير
وقد يكون ممن لم يتعد له اذن في موضع اليد وفي معنى المتعدي عندهم متلف
الشي الذي لم يقصد الي ملكه كمن احرق ثوبا او قتل دابة او فقا عينها او قطع
يدها او كسر صحفة وبعد قيام الدليل علي اعتبار هذه التفرقة ولاكها انبهناك
عليها اذ لا يمكن فهم جميع المسايل المذكورة في هذا الفصل الا بعد تصور
هذه التفرقة وتصور شي من امهات مسايله **قولـــه** وفيها لو نقل الجاريه
الي بلد ثم اشتراها من ربها في بلد اخر جاز وقال اشهب بشرط ان تعرف
القيمة وسبدل ماحوز فيها بنا علي اصلي السلامه ووجوب القيمه ۝ هذه
مسله كتاب الصرف وانما ذكرها المولف هنا لانها كالمتفرع علي ما قدمه
قبل هذا بيسير وهو **قولـــه** فلو وجد الغاصب خاصه فله تضمينه ۝
فبين هنا ان بن القسم يقول للمغصوب منه ان يرفع عن الغاصب حكم
الغصب ويستصحب حكم السلامه ويبيع الجاريه من الغاصب كما له
ان يبيع منه اياه والذي قاله اشهب وهو مذهب سحنون اظهر لان — ما استودع
رفع العدا وان كان من حق الوارث الجاريه فليس من حقه عقد
المعاوضه فيها علي الغرر والي مذهبهما مال بن المواز وقد اشار في المدونه
الي غير مسله الجاريه وذلك انه ذكر عن بن القسم ان من غصبك
دنانير فلا باس ان تصرفها منه بدراهم وتقبضها اذ كان الدنانير
عنده حاضرة او لم يذكر لانها في ذمته قال ولو غصبك جاريه جاز
ان تبيعها منه وهي ببلد اخر غايبه وينقدك الثمن اذا وصفها لانها
في ضمانه قال والدنانير في ذلك ابين فاشار بقوله والدنانير في الدنانير
الي الوجه الذي بني عليه اشهب ومن وافقه منع المسلة وذلك ان
الجاريه يحتمل ان تكون باقيه علي حالها ويحتمل ان يكون حالها
اسفل ويحتمل ان تكون تلفت والنقد فيها نقد في محتمل فان قلت
هذا منقوض بالوديعة **قلت** الفرق هو ما اشار اليه المولف بقوله
ووجوب القيمه وذلك ان الجاريه هنا مضمونه بوضع اليد بخلاف

الوديعة

الوديعة ولو صح تشبيهها بالوديعة لما صح صرف الدنانير او الدراهم المغصوبة
عند بن القسم لانه صرف الوديعة الغايبة عن محل العقد لا يجوز عنده وقد وافق
هنا علي جواز صرف المغصوب وظهر لك من هذا الكلام معني قول المولف
بنا علي اصلي السلامه ووجوب القيمة وقد اطال الاشياخ الكلام علي هذه المسله
واشار المولف الي اصل ذلك بقوله ويبدل ماحوز فيها ودلت هذه المسلة
ان ليس من شرط بيع المغصوب من الغاصب ان يخرج من يد الغاصب قبل ذلك
ويبقي في يد ربه ستة اشهر فاكثر كما اشترطه بعضهم **قولـــه** واذا
حكم بالقيمه ملكه الغاصب فلا رجوع له في مثل الابق علي المشهور فان
كان قد موّه فله الرجوع ۝ يعني ان الغاصب اذا زعم ان العبد المغصوب
ابق منه او ظلّت الدابة وشبه ذلك فقضي عليه بالقيمه ثم وجد الابق
والدابة فان تبين كذبه فيما زعمه فالمغصوب منه مخير في امضا تلك
المعاوضة لانه كالمكره عليها او يرد القيمه للغاصب وياخذ منه الشي
المغصوب وان لم يتبين كذبه في ذلك بل تبين صدقه فهل تمضي هذه المعاو
او يكون مخيرا كما ذكرناه في القسم المتقدم في ذلك قولان المشهور امضا
والشاذ التخيير وبالقول الاول قال ابو حنيفه والقول الثاني قريب من
مذهب الشافعي وسبب الخلاف هل تلك المعاوضه وقعت عن عين المغصوب
او عن الحيلوله بين ربه وبينه فاذا وجد زالت الحيلوله والاقرب هو
الاول لان اصل المعاوضه انما هي عن الاعيان قال اشهب اذا لم يعلم ان
الغاصب موّه بذهابها فيحلف انه ما كان اخفاها عن ربها ولقد
كانت فاتت من يده فاذا حلف بقيت له اذا كانت علي الصفه التي حلف عليها
قال بن القسم الا ان تظهر افضل من تلك الصفه بامر بين فلربها الرجوع
بتمام القيمه وكان الغاصب لزمته القيمه لجحده بعضها ووافقه علي هذا
اشهب قال اشهب ومن قال ان له اخذها فقد صار اخطا كما لو نكل
الغاصب عن اليمين في صفتها وحلفت علي صفتك ثم ظهرت علي خلاف
ذلك كنت قد ظلمته في القيمه فيرجع عليك بما تزيدت عليه ولا يكون

ويمسك القيمة ويمضي
فيمضي تلك المعاوضة
او ينقض تلك المعاوضة ويردها

له رد الجارية **قوله** والقول قول الغاصب في تلفه وصفته ومبلغه • يعني اذا زعم الغاصب ان الشي المغصوب قد تلف فالقول قوله في ذلك مع يمينه وكذلك اذا اختلف مع ربه في صفته او في مقداره لانه المطلوب في جميع هذه الوجوه وهو غارم فهو المدعا عليه لكن وقع في بعض هذه الوجوه خلاف قال في المدونه ومن غصب جارية وادعا هلاكها او اختلفا في صفتها صدق الغاصب في الصفه مع يمينه اذا اتا بما يشبه فان جا بما لا يشبه صدق المغصوب منه في الصفه مع يمينه قال اشهب ولا يراعى في هذا ما يشبه فلو قال كانت بكما صما عميا صدق مع يمينه وحكي عن بعضهم انه يراعي في هذا الوجه دعوي الاشبه وقال مالك في المدونه فيمن غصب او انتهب صرة ببينه ثم قال كان فيها كذا والمغصوب منه يدعي اكثر فالقول قول الغاصب مع يمينه وقال مالك من روايه بن القسم عنه في العتبيه من انتهب صرة من رجل وناس ينظرون اليه قد اخذها مطولب فطرحها في متلف فادعى ربها عددا واكذبه الاخر ولم يفتحها ولا يدري المنتهب كم فيها او لم يطرحها ثم يختلفان فالقول قول المنتهب مع يمينه ومطرف وبن كنانه واشهب يقولون في هذا وشبهه القول قول المنتهب منه اذا ادعا ما يشبه وان مثله يملكه ولغيرواحد من الشيوخ في هذه المسلة اختيارات وهي ترجع الي دعوي الاشبه **قوله** ولو ولدت ثم مات الولد ففي نفي الضمان فيه قولان لابن القسم واشهب • يعني فلو ولدت الامة المغصوبة عند الغاصب ثم مات الولد فاختلف المذهب هل يضمنه الغاصب او لا على قولين قال بن القسم لا يضمنه وهو مذهب ابي حنيفه وقال اشهب يضمنه وهو مذهب الشافعي وهما على تغليب شبه الغاصب في الولد او شبه الوديعه لان الذي باشر الغصب انما هو الام وحدها ولذلك اختلف بن القسم واشهب اذا ماتت الام وولدها معا فقال ابن القسم لا يضمن الا قيمة الام خاصة وقال اشهب يضمن مع ذلك قيمة الولد ويترجح مذهب

ابن القسم

بن القسم في هذه الصورة بان الغاصب اذا ضمن قيمة الام فانما يضمنها يوم وضع اليد وهي تصير على ملكه من يوميذ فيكون ولدها انشا على ملكه فلا يلزم فيه القيمة واذا ماتت الام وحدها فاشهب يقول ياخذ ربها قيمتها مع عين الولد وبن القسم يقول ليس له الا اخذ القيمة دون الولد او اخذ الولد دون القيمة وان وجدا معا فاتفق بن القسم واشهب على وجوب ردها معا وقال السيوري وغيره الولد غلة لا يلزمه رده وحيث الزمنا الغاصب قيمة الولد فالمعتبر فيها يوم ولادته وخرج فيها بعض الشيوخ قولا باعتبار اعلى القيم على ما تقدم عن اشهب وبن وهب وعبد الملك ورد عليه بان الولد هنا قيل فيه انه غلة لا يلزم رده لو كان موجودا فلا يمتنع ان يراعي فيه هذا الخلاف وتسقط زيادة اعلى القيم على قيمة يوم الولاده والضمير المجرور من كلام المولف هنا راجع الى الولد ومراده ان الخلاف في نفي الضمان مقصور على الولد ولا يتعدى الى الام وهو كلام صحيح اذا كانت الام موجودة واما ان ماتت مع الولد او ماتت وحدها فقد قدمنا الان القولين في ذلك **قوله** ولو قتله ضمنه • هذا ظاهر لان القتل موجب لضمانه سوا قلنا انه قبل ذلك مغصوب او يشبه الوديعة غير ان من يرى انه كالوديعة فالجاري على مذهبه ان تكون قيمته يوم القتل ومن يراه مغصوبا يكون حكمه في القيمة حكم المغصوب بقتله الغاصب وقد تقدم **قوله** واذا تعيب بسماوي فليس له الا قيمته او اخذه بغير شي • يعني اذا تعيب المغصوب عند غاصبه بامر من الله تعالى ليس بفعل الغاصب ولا لجناية جان عليه فان المغصوب منه يكون مخيرا بين شيئين لا ثالث لهما وهما غرم قيمة المغصوب يوم الغصب او اخذه على عيبه ولا يضمن الغاصب قيمة العيب لان المغصوب منه كان قادرا على تضمين الغاصب جميع القيمة فتركها هذه حجتهم في هذا الموضع واختلفوا في اعتبار هذه الحجة في المتعدي وظاهر كلام المولف التسويه في هذا الموضع بين العيب

من الشيوخ
لعد
والاديم

اليسير والكثير وذلك هو المشهور من المذهب وحكى ابن الجلاب قولاً اخر
انه لا يضمن المغصوب بحدوث عيب يسير فلا فرق على هذا القول بين
المتعدي والغاصب من هذا الوجه وان كان هناك وجوه اخر وقعت
التفرقة بينهما من جهتها وقد ذكرنا هنا للمشهور وجه ضعيف اضربنا عنه
لضعفه وفي كتاب ابن المواز في الغاصب دار انهدم بعضها في يديه
فانه لا يضمن جملة قيمتها وانما يضمن قيمة ما انهدم منها او ياخذ على ما هو
عليه وان انهدم جلها ضمن الغاصب قيمتها فقال بعض الشيوخ هو مثل
ما ذكر ابن الجلاب ورد عليه غيره من الشيوخ بانه يحتمل انه يرى في هذا
القول ان بيوت الدار كالسلع المتعددة فلا يضمن جملتها بهلاك بعضها
وفي هذا الرد عندي نظر لانه لو راعى ابن المواز هذا لما فرق بين انهدام
جل الدار وبين ما هو دون ذلك وقد تبين من هذه المسلة ان حكم الغاصب
بخلاف حكم المتعدي من وجهين احدهما ان الغاصب لا يضمن قيمة العيب
الحادث عنده بسماوي والمتعدي قد يضمن قيمة النقص والثاني انه لا
فرق بين العيب اليسير والكثير في الغصب ويعتبر الفرق بينهما في التعدي
قوله وبجناية اجنبي له اخذه واتباع الاجنبي واخذ قيمته من الغاصب
يوم الغصب ثم يتبع الغاصب الاجنبي • يعني واذا تعيب المغصوب بجناية
اجنبي غير غاصبه فربه مخير بين شيئين احدهما اخذ عين شيئه واتباع
الاجنبي بقيمة عيب الجناية والثاني اخذ قيمة المغصوب من الغاصب
ثم يكون للغاصب اذا اخذت منه القيمة ان يتبع الجاني الاجنبي بما
كان لرب المغصوب اتباعه به وليس للمغصوب منه ان يضمن الغاصب
القيمة عيب هذه الجناية لقدرته على تضمينه القيمة كاملة هكذا نص
عليه في المدونة واشار الى وجهه قال بعضهم ولو كانت جارية قيمتها
يوم الغصب عشرون ونقصها عيب الجناية النصف فاخذها ربها وما
نقصها وذلك عشرة نظرا الى قيمتها يوم جناية الاجنبي عليها فان كانت
قيمتها حينئذ مائة وقيمتها مقطوعة خمسون اخذ ربها من الجاني

خمسين

خمسين فاعطى منها للغاصب عشرة واخذ البقية قال بعضهم وهذا على مذهب اشهب
الذي يرى ان الغاصب لا يربح **قلت** لا شك في ان هذا مخالف لمذهب ابن
القسم في المذهب وذلك لانه مكن رب الجارية من اخذها مع ما نقصها العيب
وهو خلاف ما حكيناه الان **قوله** وانكسار الثديين عيب • لان اسكان
العيب الكثير على ما تقدم موجب لخيار المغصوب منه واختلف في العيب اليسير
على ما قدمناه وذكر اشهب في انكسار الثديين ما ذكره المولف انه يوجب
الخيار للمغصوب منه وعلى المشهور انه لا فرق بين العيب اليسير والكثير لا
يحتاج ان ينظر في هذا العيب من اي القسمين هو وقد استغنى المولف بهذه
المسلة عن المسلة ٢ المدونة في هذا الفصل اذا غصب امة شابة فهرمت
عنده ان ذلك فوت يوجب لربها قيمتها قال لان الهرم كعيب مفسد
اصابها عند الغاصب وظاهر هذا انه لا خيار لربها في اخذها لكن
اشهب تمم المسلة فذكر ان لربها الخيار على ما تقدم واستشكل بعض
الشيوخ قول اشهب في انكسار الثديين من حيث لم يجعل ما حدث من
النما فيهما وهو نشور رفدها جابراً العيب انكسار الثديين **قوله**
اما لو نقص سوقها من عشرة الى درهم ولم تتغيب لم يلزمه سواها على
المشهور كما لو زاد • يعني ان المذهب اختلف على قولين في تغير سوق
المغصوب بنقص هل هو موجب لخيار المغصوب منه كتغيرا لعين والمشهور
انه ليس بموجب لخياره حتى لو انتقلت سوق المغصوب من عشرة الى
درهم والشاذ ان ذلك موجب لخياره قال ابن عبدوس روى ابن
وهب عن مالك ان الغاصب يضمن بحوالة الاسواق ذكر ذلك ابن حارث
ومع هذا القول لا يحتاج الى تخريج الخلاف في المسلة التعدي في الكرا
ولا من حبس الغاصب ولا استقرا من مسله الخلاف من مسلة المدونة حيث
قال ابن القسم لولا ما قاله مالك لرايت ان الغاصب والسارق مثل المستعير
ويعرف من رواية ابن وهب هذه ما في ثمانية ابي زيد فيمن غصب
في المدينة فسار بها الى مكة ثم اعادها الى ربها وهي احسن حالاً مما

الكلام

اخذها فان لربها تضمين قيمتها له لا لانه لم يقتصر على هذا فزاد فقال ولو حبسها
من هذه المسافة ولم يسافر بها لم يضمن قيمة جميعها فلم يرحواله الاسواق موجبة
للضمان حتى يقابلها التعدي على المنفعة والظاهر في النظر هو القول الثاني لان حواله
الاسواق بالنقص ولا سيما في المثال الذي ذكر المولف لا يقتصر على العيب
اليسير فان قلت قول المولف كما لو زاد هل هو محجة للمشهور عند المولف
فكانه يقول على هذا التقدير لا يعتبر النقص كما لم تعتبر الزياده بجامع
حواله الاسواق فتكون زياده السوق في هذه المسلة متفقا على عدم اعتبارها
او مراده تشبيه مسلة مع حكمها بمسلة اخرى مع حكمها فتكون الزياده
على هذا التقدير مختلفا في عدم اعتبارها **قلت** الاقرب هو الوجه الاول
لانا لم نجد الخلاف منصوصا عليه في المذهب الا في نقص السوق جدا
قوله وفي كون جناية الغاصب كالاجنبي قولان لابن القسم واشهب
واستشكل الفرق بينه وبين القتل • يعني ان المذهب اختلف على قولين
في جنايه الغاصب على العبد المغصوب بان يذهب لبعض اعضايه فقال
بن القسم جنايته عليه كجناية الاجنبي فيكون ربه مخيرا بين اخذ قيمته
يوم الغصب بحكم الغصب او باخذ العبد مع ما نقصه بحكم التعدي
وهذا هو ظاهر اختيار مطرف وبن الماجشون وبن كنانة وقال اشهب
ليس لربه الا اخذه على حاله بغير عوض للقطع او اخذ قيمته وهذا هو
اختيار بن المواز واليه ذهب سحنون وذلك انه قال باثر قول بن
القسم هذا خلاف ما قاله بن القسم في القتل ان عليه قيمتها يوم الغصب
لا يوم القتل وقد يكون فيما نقص القطع منها يوم القطع مثل قيمتها او اكثر
يوم الغصب فياخذها ومثل قيمتها فياخذ في اليد ما لا ياخذ في النفس
قال والذي ارى انما له ان ياخذها ناقصة فقط او قيمتها يوم الغصب
قلت وقد تقدم ان لابن القسم قولا اخر في القتل مثل ما قاله هنا
في قطع عضو من اعضاء المغصوب وحكى بعضهم عن سحنون انه يقول بمثل
قول بن القسم الا انه ياخذ قيمة ما نقص يوم الغصب لا يوم الجناية وهذا

القول

القول خلاف ظاهر ما قلناه اولا عن سحنون ولكنه لا يبعد امارد ذلك الى هذا
ولا يبعد قول المولف واستشكل اخره لمعناه ما قدمناه الان عن سحنون
في انكاره عن بن القسم وكذلك انكر عليه بن المواز وفرق لابن القسم بان
القتل اتلاف لجميع الذات وذلك موجب للتضمين فيضمن قيمة المغصوب يوم
وضع يده عليه واما قطع اليد وشبهه فانه لا يذهب عين المغصوب واذا
بقيت عينه فقد يكون لربه فيها غرض في طلب عينه فلا يباع عليه بسالم
من العيب لغير اختياره **قلت** وقد يقال انه يلزم ابن القسم الذي جعل
لرب العبد اخذه من الغاصب بحكم التعدي ان يخيره ايضا في اخذ قيمة
العبد يوم قطع اليد لان ذلك اخذ ما يجب له ولا اعلم احدا قاله في هذه
الصوره والزم بعض الشيوخ ما قاله سحنون ان لرب العبد ان يطالب الغاصب
بما نقصه القطع يوم الغصب ان يقول ذلك اذا كان القطع بامر من الله
تعالى لا سبب للغاصب فيه فانظر في ذلك **قوله** ولو قتل العبد
قصاصا ضمن • تقدم ان الغاصب يضمن المغصوب بسبب وضع اليد سوا
كان تلف المغصوب بفعل الغاصب او بامر من الله تعالى لا سبب لاحد
فيه فلذلك يضمن الغاصب العبد المغصوب اذا اقتص منه في النفس او فيما
دونها مما ينقص قيمته **قوله** فان تعلق ارش برقبته فقال بن القسم
كعيب سلعة فان اخذ القيمة فللغاصب اسلامه او افداوه وان اخذه
سيده فكذلك وقال اشهب يسلمه السيد او يفديه ولا ثم يرجع بالاقل
من القيمه او جنايته • لما تكلم على الجناية الموجبه لقتل العمد قصاصا
تكلم على ما دون ذلك من الجنايات فاذا جنى العبد المغصوب جناية
تتعلق ارشها برقبته لا بذمته فذلك عيب حدث بالمغصوب فقال
بن القسم هو كساير العيوب التي تحدث بالمغصوب فيكون ربه بالخيار
بين تضمين الغاصب او رفع الضمان عنه فان اختار تضمينه اخذ منه
القيمة يوم الغصب ويكون الغاصب حينيذ كالمالك للعبد حقيقه
فيخير بين اسلامه للمجني عليه وفي افتكاكه منه بقيمته وان اختار سيد

العبد اخذ عبده فهو المالك له حقيقة فيكون مخيرا بين اسلامه وافتكاكه قطعا
ولا شي لسيد العبد على الغاصب عند ابن القسم غير ما ذكرنا وقال اشهب يخير
سيد العبد كما قال ابن القسم في اسلام المجني عليه او افتدائه فاي
الوجهين اختاره كان له بعد ذلك الرجوع على الغاصب باقل الامرين ما قيمة
العبد او ارش الجناية لانه ان كان الارش اقل من القيمة فهو القدر الذي
ادخله الغاصب فيه وان كانت قيمة العبد اقل من الارش فلا يلزم بسبب
الجناية الا ذلك حقيقة فيزول عيب العبد الحادث بسبب الجناية اذا
اخذ ذلك المجني عليه قال بعض الشيوخ ويحمل كلام اشهب هذا على ان الجناية
التي جناها العبد كانت خطأ فاذا خلص منها بغرامة ارشها لم يبق
بعد ذلك عيب قال واما لو كانت عمدا فهو عيب لازم للعبد ولا يتصور
هذا التوجيه فيه **قوله** واذا صار العصير خمرا فعصير مثله • هذا
ظاهر لان صفته انقلبت الى ما لا يحل تملكه فيغرم لربه مثله ان علم كيله
وان لم يعلم كيله ضمن قيمته ثم تهراق الخمر على الغاصب ان كان الغاصب
مسلما وان كان ذميا فيه نظر يأتي ما يؤخذ ذلك منه **قوله** وخلا
خير فيهما • يعني ولو صار العصير المغصوب خلا خير ربه بين اخذ ذلك
الخل وبين اخذ عصير مثل عصيره لانه انما تبدلت صفته خاصة
وقد يقال على مذهب من يعتبر في فوات المغصوب انتقال الاسم
لا يكون على الغاصب هنا الا مثل العصير وليس لربه اخذ الخل الا
باجتماعهما على ذلك **قوله** وان صار الخمر خلا تعين الا ان يكون
لذمي فيخير بينه وبين اخذ قيمته على الاشهر • يعني اذا انقلبت الخمر خلا
عند غاصبها فاما ان يكون صاحبها مسلما او ذميا فان كان مسلما تعين
الخل له وليس له غير ذلك وان كان صاحبها ذميا فهل يتعين له ذلك
كما تعين في حق المسلم في ذلك قولان والاشهر انه لا يتعين بل يخير
الذمي بين اخذ الخل او اخذ قيمة الخمر وحكم هذه المسألة اذا كان صاحب
الخمر مسلما ظاهر غير ان بعض الشيوخ قال انما يتمشى هذا على قول من
يجيز

يجيز لصاحبها تخليلها واما من يمنع من ذلك فيلزمه ان يقول يبقيها ملكا
للغاصب وذلك انها غير مملوكة حتى كانت خمرا الا للغاصب ولا لغيره
فاذا تخللت بيد الغاصب صار لمن يوضع يده على طائر لا يحوزه احد واما
ان كان ذميا فالخلاف فيها مبني على الخلاف في المسلم يستهلك الخمر
للذمي وفي ذلك قولان المشهور انه يضمنها له وقال عبد الملك
لا يضمنها والاول مذهب ابي حنيفة والثاني مذهب الشافعي والخلاف
فيها مبني على كون الخمر مالا من اموال اهل الذمة ام لا والجمهور يجعلون
سبب الخلاف في ذلك هل الكفار مخاطبون بفروع الشريعة
او لا فان قلنا انهم مخاطبون بها لم يضمن المتلف كما لو اتلفها لمسلم ولئن
قلنا انهم غير مخاطبين بها ضمناه ومن الشيوخ من قال لا يختلف
المذهب انهم مخاطبون وانما ضمن الغاصب في المشهور لانهم اقروا
على تمليكها كما لو اقروا على غير ذلك من المحرمات عليهم فاذا اقروا
على تمليكها في اعتقادهم وجب اغرام القيمة لئلا يكون ذلك سببا
بنقض العهد معا وقال بعضهم انا وان سلمنا كونهم مخاطبين بفروع الشريعة
من حيث الجملة لكن هذا الحكم بخصوصيته لم يخاطبوا به لانه لا يتناولهم
عموم قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر الاية وايضا
فقوله تعالى لعلكم تفلحون يدل على ان ترك شربها سبب في حصول
الفلاح وهذا السبب لا يظهر له تاثير في حق الكافر وايضا فقوله تعالى
انما يريد الشيطان الاية يقتضي ان تحريمها انما كان من اجل ذلك
ووقوع العداوة بين الكافرين مطلوب شرعا وايضا فقوله تعالى
ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة والكافر لا يصده الخمر عن ذكر
الله تعالى ولا عن الصلاة لان ذلك لا يقع منه اذا لم يشربها **قوله**
واذا زرع البذر وافرخ البيض فالمثل وقال سحنون الفراخ للمالك
وعليه اجرة الحضن • القول الاول في فراخ البيض لاشهب في المجموعة
وقاسه على زرع البذر وهو اظهر القولين عندي ولا سيما والمحكي عن

والبغضا

ملح معابله

سحنون ان الغاصب اذا علح المغصوب حتى تغير اسمه عنده كان للغاصب
لالربه وقال اشهب في مسلة البدر واجب الي ان لو تصدق بالفضل وليس
بواجب عليه للضمان وقوله وعن اشهب من غصب دجاجة فباضت وحضنت
بيضها فللمالك كالولادة هكذا قال اشهب في المجموعة وكتاب بن المواز
وهو حسن وتشبيهه بالولادة صحيح **قوله** فان حضنت غير بيضها
او باضت وحضنته غيرها فالدجاجة ومثل البيض قال محمد واجر
حضنها اصل هذا الكلام ايضًا لاشهب في المجموعة ومعناه ان الدجاجة
المغصوبة اذا حضنت غير بيضها او باضت وجعل بيضها تحت غيرها
حتى صار الجميع فراخًا فان الدجاجة ترد الي صاحبها ويرد معها مثل البيض
الذي باضته وهو كلام حسن على اصل المذهب وما نسبه المولف الى
محمد انه اوجب لربها اجر الحضن حكاه بن يونس عن اشهب متصلا
بالكلام الاول وانما الذي رواه محمد ان يكون لربها ما نقصها قال
الا ان يكون نقصانًا بينًا فتكون له قيمتها يوم غصبها ولا يكون له من
بيضها ولا من فراخها شي **قلت** وانما يتم هذا اذا كان اخذ الدجاجة
متعديا لا غاصبًا كما قدمنا ان الغصب لا يفترق فيه العيب اليسير
من العيب الكثير وقد اعترض بعض الشيوخ ان يجمع لرب الدجاجة
قيمة النقص مع اجرة المثل وراي ان الغرامة ما نقص من الدجاجة
يمنع من ان يكون له اجرة الحضن وهو صحيح قال في كتاب بن المواز
ولو غصب حمام فزوجها حماما له فباضت وافرخت فالحمام والفراخ
للمستحق ولا شي للغاصب فيما اعانها ذكره من حضانته وللمستحق الحمامة
فيما حضنت من بيض غيرها قيمة حضانتها ولا شي له فيما حضنه
غيرها من بيضها وانما له مثل بيض حمامته الا ان يكون عليه في
اخذ البيض ضرر في تكلف حمام تحضنه فله ان يغرم الغاصب قيمة
ذلك البيض **قوله** واذا صبغ الثوب خير المالك بين القيمة
والثوب ويدفع قيمة الصبغ وقال اشهب ولا شي عليه في الصبغ يعني

ان الغاصب

يعني ان الغاصب اذا صبغ الثوب الذي غصبه فزادت قيمته لاجل ذلك او لم
تزد ولم تنقص ففي ذلك قولين احدهما تخيير المالك بين اخذ قيمة الثوب يوم
الغصب او اخذ الثوب بعد ان يدفع قيمة الصبغ هذا هو قول بن القسم في
كتاب الغصب من المدونة والقول الثاني لاشهب انه يكون مخيرا بين
اخذ الثوب بلا غرم او اخذ قيمة الثوب فان قلت من ابن حملت كلام
المولف على التقييد بما ذكرته من ان الثوب زادت قيمته او لم تزد ولم تنقص
وهلا حملته على الاطلاق **قلت** لانه ما بل هذا الكلام بقوله بعد اما لو
نقصت قيمته فدل ذلك على ان اول الكلام فيما عدى نقص القيمة فان
قلت ومن ابن حملت على المولف انه نقل عن اشهب التخيير في الوجهين المذكورين
وهلا حملت كلامه على انه ياخذ الثوب من غير عوض عن الصبغ لا يكون له
غير ذلك **قلت** لاثباته واو العطف في قوله ولا شي عليه في الصبغ
وذلك يستدعي تقدم معطوف عليه وهو ما نقله اولا فكانه يقول وقال
اشهب مثل ما تقدم وزاد ولا شي عليه في الصبغ والذي قدمناه عن بن
القسم هو معني ما قاله في كتاب القطع وليس بمخالف له وله قول مثل
قول اشهب ذكره عنه بن حبيب وفي المبسوطة عن عبد الملك ايضًا
ان الغاصب اذا صنع فيما غصبه شيئًا يسيرًا فان صاحب الشي ياخذه
ولا يغرم قيمة الصنعة وان صنع فيه شيئًا كثيرًا فانه لا ياخذه حتى يدفع
قيمة الصنعة او يضمن الغاصب ما صنع غصب او يكونا شريكين واثبت بن الماجشون
في هذا القول الشركة بما فعله الغاصب ونص بن القسم على نفي الشركة
دون اثباتها اختلفوا هل يكون بقيمة الصنعة او بما زادت الصنعة وهذا
كله اضطراب وهو مبني على مراعاة اخف الضررين والنفس اميل
الي مذهب اشهب **قوله** اما لو نقصت قيمته فلا شي عليه ولا له ان
اخذه • يعني ان كان الصبغ اثر نقصًا في قيمة الثوب فحكمه حكم ساير
العيوب الحادثة في المغصوب فيخير ربه بين اخذه على حاله او تركه
واخذ قيمته من غير زيادة **قوله** واذا ضرب الطين لبنا ضمن

مثله • يعني اذا كان الطين معلوم القدر بحيث يمكن تحصيل مثله قدرًا وصفةً والا فقيمته من غير زيادة ولا يبعد ان يتخرج فيه خلاف عبد الملك الذي يذكره المولف بعد هذا في النفقة **قوله** واذا ذبح الشاة ضمن قيمتها وقال محمد اذا لم يشوها فلربها اخذها مع ارشها • ظاهر كلامه انه ليس لربها في القول الاول الا قيمتها وليس لها اخذها مطلقا وهو ظاهر ما حكاه غيره وقال بعضهم عن ابن القسم ان ربها مخير بين اخذ قيمتها او اخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة وقول محمد هذا وهو ابن مسلمة بعيد عن اصل المذهب وقد تقدم حكم غاصب العبد اذا قتله هل تلزمه القيمة يوم الغصب او يوم القتل **قوله** ولو غصب نقرة فصاغها ضمن مثلها وقال ابن الماجشون له ان ياخذ المصوغ والمصبوغ والمخيط مجانًا اذ ليس لعرق ظالم حق • قد تقدم هذا المعنى وقال في المدونة في غاصب الثوب يجعله ظهارة لجبة فلربه اخذه او تضمينه قيمته قال الشيخ ابو محمد وله اخذ عين شبيه وتفتق له الجبة **قوله** ولو غصب ساحة او سارية فله اخذها ولو بالهدم • ظاهر هذا ان ربها مخير بين اخذ السارية والساحة وفي اخذ القيمة وعلى نحو ما ذكرها المولف وقعت هذه المسلة في المدونة وفسرها بعض الشيوخ بنحو ما فسرنا به كلام المولف وهذا هو المشهور في المذهب وقال في الموازية يهدم بنا الغاصب ولو كان بناؤه قصورًا واختلف النقل عن اشهب فنقل مثل ما لابن القسم في المدونة وروي عنه ايضا انه يرى وجوب القيمة على الباني والا يهدم بناؤه وحكى بعض الشيوخ عن اشهب مثل هذا وزاد ان ابن القسم واشهب اتفقا على ان البنا المعتمد على الحجر يقلع وانما اختلفا فيما انتشر من هذا البنا وخرج عن اعتماده على الحجر المغصوب هل يهدم اولا فقال ابن القسم قولا مجملا انه يهدم وقال اشهب اذا كان لا سبيل الى انتزاع الحجر المغصوب الا بهدم جميع البنا فانه تجب القيمة لصاحب الحجر وانكر غيره هذا التفصيل وحكى القولين كما ذكرناهما ومال الشيخ ابو محمد عبد الحميد واللخمي الى منع الغاصب من هدم بنايه اذا

رضي

رضي رب الخشبة باخذ قيمتها لانه نوع من اضاعة المال واضاعة المال لا تجوز وقال القاضي ابو الحسن بن القصار اذا رضي بهدم بنايه لم يلزمه غرامة القيمة بل غرامة قيمة الحجر او الخشبة موقوفة على رضى الغاصب والمغصوب منه معًا والاصل تمكين رب الخشبة من اخذها ومن خالف ذلك راعا كثرة الضرر اللاحق للغاصب بسبب هدم البنا ويقوي ذلك بان من بنا على حجر اشتراه من غاصب وهو لا يعلم بكونه مغصوبًا فانه لا يهدم بناؤه وهذا هو مذهب مالك وغير واحد من العلما فقاسوا على ذلك بنا الغاصب لاستوا الخطا والعمد في اتلاف الاموال **قوله** واذا ابى الغاصب خير المالك في اجرته ودفع قيمته منقوضا بعد اسقاط كلفته ما لم يكن يتولاها بنفسه او عبده • تقدم في كتاب العارية هذا المعنى وان كان هذا هو الحكم هناك مع ان اذن المالك فلان يكون في هذا الموضع مثله اولى وقال ابو حنيفة ان الغاصب يملك الارض بغراستها وبنايها وتلزمه قيمتها ولذلك ينبغي ان يقيد ذلك الموضع بما زاده المولف هنا وهو قوله ما لم يكن يتولاها بنفسه او عبده **قوله** واذا خصي العبد فزادت قيمته لم يضمن شيئا ويعاقب • سكت المولف عن الحكم اذا نقصت لدلالة ما تقدم من المسايل على ذلك والحكم اذا لم تزد ولم تنقص مثله اذا زادت اذا اسلم ما ذكره المولف انه لا يضمن المتعدي شيا وفي العتبية من عدا على عبد فخصاه فزاد ثمنه قال يقوم على قدر ما نقص منه الخصا قال ابن رشد يريد ان لم يود ربه تضمينه واختار حبسه قال ومعنى قوله قدر ما نقص اي عند غير اهل الطول ومن لا رغبة لهم في الخصيان وقال سحنون معناه ان ينظر الى عبد دني ينقص من مثله الخصا فما نقص كان على الجاني ذلك الجزء من قيمته في هذا المجني عليه قال وقد تاول بعض الناس على ما في كتاب الجراحات من سماع ابن القسم ان ينظر ما وقع للزيادة فيجعل نقصانًا منها يكون عليه غرمه قال وذلك بعيد لا وجه له في النظر والذي يوجبه

الشطوان يكون عليه في الذكر والانثى قيمة وفيهما قيمته مرتين كالحر قياسًا
على قول مالك في المامومة والجايفة والمنقلة والموضحة ان يكون عليه من قيمته
بحساب الحر من ديته وبن عبدوس يرى اذا زاده الخصا فلا غرم عليه ولا يبعد
ذلك على المذهب قال وانما ياتي على قول من يقول لا شي عليه في المامومة وشبهها
مما لا انتقاص عليه فيه لعبد البر **قلت** قول ابن عبدوس نص انه الذي
حكاه المولف ولم يسم قايله وكلام ابن رشد في هذا الفصل حسن واما عقوبة
فاعل ذلك فظاهر وجهها **قوله** ولو هزلت الجارية ثم سمنت او نسي
العبد الصنعة ثم تذكرها حصل الجبر • يعني اذا تغير المغصوب بنقص حسي
او معنوي ثم عاد لهيئته الاولى من الكمال فلا ضمان على الغاصب فالاول كهزال
الجارية ثم سمنها والثاني نسيان العبد الصانع صنعته ثم تذكرها والمثال
الاول ظاهر والثاني يتردد النظر فيه او لا هل نسيان العبد الصانع صنعته
من باب تغير السوق وهو غير معتبر في هذا الباب على المشهور او هو ملحق
بتغير الذات لاختلاف الاغراض بسبب وجود الصنعة وعدمها وذلك
صفة في العبد بخلاف تغير السوق الذي لا يكون عن وصف في المقوم
وهذا الوجه اقرب **قوله** واما المنافع فان كانت كالدار يغلقها والارض
يبورها والدابة يعقلها والعبد لا يستخدمه فقال ابن القسم لا يضمن وقال
غيره يضمن وصوب • يعني ان منافع المغصوب اذا لم ينتفع بها الغاصب
ولكن عطل الذوات فان قلنا ان الغاصب لا يضمن الغلات اذا اغتل فلا
تفريع وهو ظاهر وان قلنا انه يرد الغلات اذا اغتل فاختلف المذهب
في لزوم ما عطله الغاصب من ذلك على قولين المشهور انه لا يلزمه في ذلك
شي وهو مذهب ابي حنيفة والقول الثاني في كتاب ابن حبيب انه يضمن
وهو مذهب الشافعي قال المولف وصوب اي واختاره بعضهم وحكم بانه
صواب ووجه القول الاول ان غاصب الرقبة لا يصدق عليه انه غصب
المنافع المعطلة فلا يضمنها لان الغصب وضع اليد العادية على مال الغير
وذلك غير حاصل في محل النزاع وربما قيل هنا انه لم يغصب المنفعة

لا يرد

ولم يتلفها

ولم يتلفها فلا يضمنها اصله اذا سجن صاحبها فتعطلت بسبب ذلك ووجه
القول الثاني قالوا المنفعة المتنازع فيها قالوا انما هي تهيو الذات للانتفاع
بها لا حصول تلك المنفعة في الخارج وذلك التهيو قد منع منه الغاصب
فوجب ضمانه عليه وعلى هذه الطريقة قال بعض الشيوخ لو غصب دنانير فا
او حبسها فلم يتجر بها فلا يضمن الربح لكن يضمن لصاحب الدنانير مقدار
ما كان يربح صاحبها فيها لو تجر بها قال وقد ذكر ابن سحنون في شاهدين
شهدا على رجل بدين لرجل قد حل انه اخره به عاما فلما انقضى العام رجعا
عن شهادتهما بعد ان حكم الحاكم لهما انهما يغرمان ما يظن ان الذي
له الدين لو اخذه لما حل وتجر به في هذا العام لحصل اذا كان الدين عينا
او مكيلا او موزونا **قوله** فان استغل او استعمل ضمن على المشهور وروي
الا في العبيد والدواب وروي لا يضمن مطلقا • القول الاول هو
مذهب الشافعي والقول الثالث هو مذهب ابي حنيفة وروى ابو الفرج
عن مالك رحمه الله مثل القول الاول الا فيما تولى بنفسه من استخدام الدوا
واستعمال الرقيق فانه لا يضمنه بخلاف ما اكراه من غيره وفي المدونة
انه لا يضمن ما اغتل او انتفع به في نفسه في الدواب والرقيق ويضمن ما
انتفع به من غلة الابل والبقر والغنم وللشيوخ طرق اخر في تحصيل ما في
المذهب في ذلك من الخلاف ولذلك تكررت المسلة في المدونة في مواضع
على وجوه والتحقيق عند المتاخرين من اهل المذهب وجوب رد الغلة على
اي وجه كان لان المقصود من الدواب انما هو حصول منافعها فلو
لم يرد الغاصب الغلة لما كان في القضا عليه بالرد سوى فايدة الانتفاع
بالمغصوب في المستقبل وفي ذلك تتميم لغرض الغاصب **واما** قوله عليه
السلام الخراج بالضمان فهو عندهم من العام الذي خرج على سبب لانه روي
في الرد بالعيب لكن كون هذا المعنى موجبا لتخصيص العام ضعيف على ما تبين
في اصول الفقه وايضا فقد روي من طريق اخر ولم يذكر فيه هذا السبب
ولو اخر الغاصب بالدنانير او دراهم غصبا فان كان مليا فالمعروف

نفقتها

ب

من المذهب ان الربح له لانه انما عومل على ذمته وان كان نعتبر الولا المال
الذي غصبه لما عومل ففي ذلك قولان احدهما ان الربح للغاصب والثاني انه
للمغصوب منه ولا شك ان الربح حصل عن هذا المال وعن محاولة الغاصب
فسبب حصوله مركب من معنيين فينبغي اضافة الحكم الى اقواهما وذلك مما ينظر
فيه **قوله** واما البضع فلا يضمن الا باستيفائه لا بفواته، لما قدم الكلام
على منافع المغصوب وانه اختلف هل يضمن باستيفائها وهو ما ذكره في
المسلة التي فرغنا منها وانه اختلف ايضا هل يضمن بتفويتها وانه صوب
بعضهم الضمان في ذلك ذكر هنا ان البضع لا يضمن بتفويته سوا كان من
حرة او امة فمن منع حرة او امة التزويج لم يلزمه ضمان بتفويته صداقها
وهذا مما لا اعلم فيه خلافا وان كان قد تقدم في كتاب النكاح ما قد يتخرج
منه خلاف لبعض الشيوخ **قوله** ففي الحرة صداق مثلها، يعني فان حصل
استيفا البضع على وجه الاغتصاب وجب ضمان صداق المثل وهذا هو
مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لا يجب للمغتصبة صداق وتنازع الجميع
في نهيه عليه السلام عن مهر البغي والاقرب ان هذا الظاهر معنى فالمغتصبة
لا تسمى بغيا بسبب هذا الفعل ولو وجب الحد على الغاصب واما المطاوعة على
الزنا فلا مهر مطلقا وهل يتناول ذلك الامة والحرة الصغيرة له موضع
غير هذا **قوله** وفي الامة ما نقصها، يعني ان الامة اذا اكرهت على
الزنا لا يجب لها صداق المثل كما يجب للحرة وانما يجب لها ما نقصها كسائر
العيوب الكاينة بسبب التعدي وقد قيل ان مجرد غيبة الغاصب على
الامة عيب فيها **قوله** وكذلك منفعة الحر، يعني ان منفعة الحر
كالبضع ولا يلزم الغاصب قيمة خدمة الحر الا اذا استخدمه واما ان حبسه
عن منافعه فلا يلزمه بسبب ذلك شي والاقرب ان لا فرق في هذا الوجه
بين الحر والعبد **قوله** ولو غصب ما صاد به وفرعنا ان المنافع
للمالك فان كان عبدا فالصيد لمالكه اتفاقا، اعلم ان هذه المسلة وما يتعلق
بها تكررت في هذا الكتاب وقد تقدمت في كتاب الصيد مستوفاة هناك

فانظرها الخ

الى قوله بنا على التشبيه بها **قوله** ولو غصب دارا خرابا او مركبا نخرا
فاصلحه فاغتل فقال اشهب ما زاده للغاصب كساحة بغيرها وقال محمد الجميع
للمالك، لا يريد محمد انه يكون للمالك كل ما له عين قايمة مما زاده الغاصب فانه
قال لو غصب مركبا خرابا فانفق في قلفطته وزفته والمرافه وحوايجه
ثم اغتل فيه غلة كثيرة فلربه اخذه مقلفطا مصلحا بجميع غلته ولا غرم عليه
فيما انفق الا مثل الصاري والارجل والحبال وما اخذله ثمن اذا اخذ فللغاصب
اخذه فان كان بموضع لا غنا به عنه اذ لا يجد صاريا ولا ارجلا ولا احبلا الا
هذه او لا يجد ذلك بموضع ينال حمله اليه الا بالمشقة والمونة العظيمة وهو
ما لا بد له منه مما يجري به المركب حتى يرده الى موضعه فربه مخير ان
يعطيه قيمة ذلك بموضعه كيف كان او يسلم ذلك اليه وقول محمد هذا اظهر
قوله وحيث الزم الغاصب الغلة مما انفق على العبد والدابة وسقي
الارض وعلاجها ونحوه يقاص به فلو زاد لم يرجع به، يعني واذا فرعنا
على ان الغاصب يرد الغلة فان له المطالبة بما انفق على ذلك المغصوب
فيرجع بالاقل من قيمة نفقته او الغلة وهذا هو معنى قوله ولو زاد لم يرجع
والذي حكاه المولف هو مذهب المدونة وهو قول اشهب وقال ابن
القسم في المجموعة ورواه عن مالك رحمه الله انه لا يرجع بشي من ذلك
وهو اختيار ابن المواز والقول الاول اظهر لان الغاصب وان ظلم فلا يظلم
فان قلت فطرد هذا يوجب له الرجوع بما انفقه ولو كان اكثر من
الغلة وذلك خلاف ما قاله مالك رحمه الله **قلت** انما اوجبنا له
الرجوع في الغلة لا في ذمة المالك لان الغلة نشات عن خدمته ولو قيل
لا يرجع في مجموع الغلة وانما يرجع فيما زاد عمله في الغلة كما لو كان الحايط
لو ترك بغير سقي ولا علاج اخذ في غلته خمسة اوسق مثلا فاذا سقي وعولج
اخذ في غلته عشرة اوسق فانه يكون للغاصب ما انفق ما لم يزد على خمسة
اوسق لا على عشرة اوسق فلو قيل بهذا لكان له وجه **قوله** فلو بيع المغصوب
او ورث فان علم المشتري فكالغاصب، يعني فلو باع الغاصب ما غصبه

او مات فورثه عنه وارثه وعلم المشتري او الوارث بان ذلك المبيع او الموروث مغصوب فانه يكون المشتري او الوارث حينئذ كالغاصب في لزوم رد الغلات وفي الضمان وغير ذلك لان من بيده ذلك يجب عليه رده الى ربه كما يجب على الغاصب ولا عذر له كما بعد ره غير العالم بالغصب **قوله** فان لم يعلم فلا شي عليه في السماوي ولا في الغلة سكن او زرع او اكرى ولا على الغاصب من حين باع على المشهور • يعني وان لم يعلم المشتري او الوارث بالغصب فلا شي عليه مما هلك او نقص مما لا صنع له فيه وهو مراد المولف هنا بالسماوي وكذلك تكون له الغلات ان كان مشتريا من الغاصب بخلاف ولد الغاصب فانه لا غلة له على المذهب بخلاف ما يقتضيه ظاهر كلام المولف سوا انتفع بنفسه او اكرى من غيره فان **قلت** هذا متناقض لان قولكم انه لا يضمن ما هلك بسماوي يدل على ان لا ضمان منه وقولكم الغلة له يدل على وجوب الضمان فيلزم اجتماع ثبوته ونفيه **قلت** انما نفينا سببا واحدا من اسباب الضمان ولا يلزم من نفي الاخص نفي الاعم فلا يلزم نفي اسباب الضمان كلها او على هذا التقدير فالضمان موجود والغلة للمستحق من يده من اجل ضمانه فلا تناقض وايضا فان معنى قول اهل المذهب هنا انه لا يضمن ما هلك بسماوي اي لا يلزمه غرامه والا فحكم حكم المالك حقيقة الا ترى انه لا يرجع ان كان مشتريا بثمن المستحق على من باع منه وذلك دليل على صحة ملكه وهذا انما يتم في المشتري من الغاصب لا في الوارث منه حسبما قلنا واما قول المولف ولا على الغاصب الى اخره فمعناه ان الغاصب اذا باع المغصوب فلا يضمن من غلته الا ما استعمل من يوم غصب الى يوم باع خاصة واما ما كان من الغلة من يوم باع الى يوم الاستحقاق فلا يرجع به المستحق على المشتري ولا على الوارث ولا على الغاصب على المشهور وقيل يرجع بذلك على الغاصب وهذان القولان مبنيان على القولين فيما عطله الغاصب من منافع المغصوب ولم ينتفع به وذلك ان الغاصب قد عطل المغصوب في المعنى فلا فرق بين ان يغلق الدار مثلا او لا بين ان يخرجها من يده الى من

يستغلها

يستغلها ولكن لا يكون لربها من تلك الغلة شي **قوله** وفي الرجوع على الغاصب الواهب قولان • يريد والله اعلم ان في الرجوع على الغاصب بغلة ما وهبه قولين فان كان مراده هذا فمراده ان القولان يشبهان القولين السابقين في الرجوع على الغاصب بغلة ما باع من حين باع **قوله** وعلى الرجوع اذا اعدم ففي الرجوع على الموهوب له قولان هذان القولان مشهوران في المذهب وذلك ان الغاصب اذا وهب لبعض الدواب فاغتلها الموهوب له فقال ابن القسم في المدونة ان المالك يرجع على الموهوب له بالغلة كما يرجع على وارث الغاصب بجامع ان كل واحد منهما بغير عوض وهذا قول ابن القسم في المدونة وغيرها وقال اشهب في كتاب محمد ان لمن وهب له الغاصب الغلة اذا لم يعلم بالغصب كالمشتري الذي وافقه عليه ابن القسم ان الغلة له اذا لم يعلم بالغصب وقد اطال ابن القسم في المدونة الاحتجاج على صحة قوله والمحصول منه ما اشرنا اليه اولا وهذا الكلام والزيادة على ذلك لا يظهر لها كبير اثر في الحجة **قوله** ولو اكلوه او لبسوه فابلوه فللمالك تغريمهم قيمته او مثله يوم لبسوه او تغريم الغاصب او امضا بيع الغاصب • فاعل اكلوه وما عطف عليه ضمير يعود على من حصل له المغصوب من جهة يد غاصبه وهو وارث الغاصب او الموهوب له او المشتري من الغاصب ومعناه فان اكل من ذكرنا الطعام المغصوب او لبسوا الثوب المغصوب حتى ابلوه فللمالك تغريمهم قيمة المقوم ومثل المثلي والقيمة في ذلك يوم الاتلاف لا يوم وضع اليد بخلاف الغاصب لان من ذكرنا لم يكن عندهم علم بالغصب فلولا الاتلاف لما ضمنوا وللمالك ايضا ان يدع تضمينهم ويضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب او مثله وله ايضا امضا بيع الغاصب على ما تقدم في بيع الفضولي ولا يتعقب على المولف باطلاقه الكلام هنا في حق موهوب الغاصب فان ظاهر كلام المولف يقتضي تخيير المالك في تضمين الغاصب او في تضمين الموهوب

له اولا فانه يقيد كلامه بعد هذا بقوله والمشهور يبدا الغاصب على الموهوب
له اذا اكله او ابلاه وانطراد اختار المالك تغريم الموهوب له ومن ذكر
المولف معه قيمة المغصوب وكانت القيمة التي غرم اقل من القيمة اللازمه
للغاصب فهل للمالك الرجوع بتمام القيمه ام لا على ما تقدم في الاجنبي يقتل
الامة المغصوبه بيد غاصبها **قوله** وكذلك لو قتل العبد فان اختار
تغريمه فكان اقل من الثمن ففي تعقيب مستحقه من المشتري او ربه قولان
لابن القسم واشهب • يعني ان المشتري من الغاصب اذا قتل العبد المغصوب
لزمه قيمته يوم قتله فان اخذ ربه القيمه منه وكانت اقل من الثمن فاتفق
بن القسم واشهب على ان الغاصب لا يستحق زيادة الثمن على القيمة واختلفا
فيمن يستحق تلك الزيادة هل المشتري او المالك فقال بن القسم يستحقها
المشترى لان البيع قد انفسخ بغرم المشتري قيمة ما اشتراه وقال اشهب
بل يرجع المالك بتلك الزيادة على الغاصب ويرجع على المشتري بمقدار
ما ادى هذا ما ذكره المولف وهو خارج عما نقله من يعتمد بنقله قال
في المدونة ولو كان المبتاع هو الذي قتلها يعني الامه فلربها اخذه بقيمتها
يوم القتل ثم يرجع هو بالثمن على الغاصب وحكى عن اشهب ان المشترى
اذا اشتراها بمايه ثم قتلها وقيمتها خمسون فاغرمه المالك الخمسين
القيمة فان المبتاع يرجع على الغاصب بخمسين بقيه الثمن الذي اخذ فيها
هكذا حكى بن يونس هذا القول وظاهره انه يبقى بيد الغاصب مقدار
ما غرمه المشتري للمالك وهو قول مشكل لانه يلزم عليه ان يبقي
للغاصب بقيه من الثمن يملكها بغير سبب قال بن يونس ولو كانت
قيمة الامة يوم الغصب مايه وعشرون فباعها الغاصب بمايه فقتلها
المشتري وقيمتها حينيذ خمسون فاخذ المستحق قيمتها من المشتري
خمسين فليرجع المشتري على قول اشهب على الغاصب بما غرم وذلك
خمسون ويرجع على المستحق بتمام القيمه يوم الغصب وذلك سبعون
قلت تامل كلامه فقد ذكر هنا على قول اشهب انه يرجع المشتري

على الغاصب

على الغاصب بما غرم وذكر في الصور التي فوق هذا انه يرجع بما بين القيمة
وتمام الثمن وهو كالمتناقض قال بن يونس وعلى قول بن القسم يرجع المشتري
بثمنه وذلك مايه ويرجع عليه المستحق بتمام القيمه يوم الغصب وذلك
عشرون قال في المدونه عن بن القسم وكذلك ان قطع المبتاع يدها او فقا
عينها فلربها اخذها ويضمن المبتاع ما نقصها ويرجع المبتاع بالثمن على
الغاصب وان شاء ربها اجاز البيع واخذ الثمن من الغاصب او غرامة
القيمة يوم الغصب ويتم البيع **قوله** وفي كون الخطا منه كالعمد او كالسما
وي قولان • القول بان اتلاف المشتري لما استحق من يده خطا ينزل
منزلة العمد هو قول اشهب في المجموعه وربما تؤول على المدونه والقول
بانه كالسماوي هو مذهب العتبية والاول اقرب الى قاعدة الضمان
قوله ولا يصدق المشتري فيما يغاب عليه ويحلف ثم يغرمه ان شا
هذا قوله في العتبيه قال ولو ادعا المبتاع انها هلكت صدق فيما لا يغاب
عليه من رقيق وحيوان ولا يصدق فيما يغاب عليه ويحلف بالله الذي
لا اله الا هو لقد هلك ويغرم قيمته الا ان ياتي ببينه على هلاكه من
غير سببه قال بعضهم اذا صدقناه فيما لا يغاب عليه انما هو ما
لم يظهر كذبه مثل الرهان والعواري في ذلك وذهب اصبغ الى
انه يصدق في الضياع فيما يغاب عليه مع يمينه وحيث ضمناه على
المشهور فيما يغاب عليه مع يمينه تخرج لبعض الشيوخ في ذلك قولا
بعدم تحليفه وقال مالك في مثل هذا لو حلفته على الضياع ما ضمنته
وهذا هو الاصل لان فايدة اليمين انما هي في اثبات صدقه فيما حلف
عليه فاذا ثبت صدقه وجب اسقاط الضمان عنه واذا صدقنا
المشتري في الضياع فانه لا يرجع بالثمن على البايع منه لان الضياع
ههنا كالهلاك ولا شك ان فاعل يحلف من كلام المولف ضمير يعود
على المشتري وفاعل يغرمه يعود على المالك وعليه يعود فاعل شا
قوله والمشهور يبدا الغاصب على الموهوب له اذا اكله او ابلاه

لاشك ان الموهوب له اذا كان عالما بغصب الواهب لما وهبه واتلف
ذلك الموهوب ان المغصوب منه مخير في الرجوع على ايهما شا واما اذا لم
يعلم بذلك الموهوب له حتى اتلفه وهذا هو الذي اراده المولف هنا
ففي ذلك ثلاثه اقوال مذهب المدونة وهو المشهور ان المالك يتبع الغا
اولا لان الغاصب سلط الموهوب له على اتلاف على ان لا عوض عليه فكانه
التزام له على ان لا رجوع عليه وانه يودي عنه فان كان فقيرا اتبع المالك
الموهوب له والقول الثاني لغير بن القسم في كتاب الاستحقاق انه
يتبع الموهوب له ابتدا لانه المباشر وقد تقدم ان تضمين المباشر اولى
من تضمين المتسبب وذهب اشهب الى ان المالك بالخيار في اتباع
ايهما شا وهو اختيار بن المواز وسحنون واذا فرعنا على مذهب اشهب
فقال يطالب الغاصب بالقيمة يوم الغصب او يطلب الموهوب له بالقيمة
يوم اتلافه ما اتلف فان كانت قيمته يوم الغصب عشرين وقيمته
يوم الاتلاف ثلاثين واختار اتباع الغاصب فاخذ منه عشرين
لم يرجع على الموهوب له بالعشرة الباقية واحتج اشهب على بن القسم
بموافقته اياه على ان المشتري من الغاصب اذا لم يعلم بالغصب فهو
كغريم ثان يتبع المالك ان شا الغاصب وان شا المشتري اذا اتلف
والفرق عند بن القسم ان المالك اذا ابتدا بتضمين المشتري كان للمشتري
الرجوع على البايع وهو الغاصب ولا كذلك الموهوب له فانه اذا غرم
قيمة المغصوب لم يكن له رجوع البتة على احد فان قلت اي القولين
الباقيين من الاقوال الثلاثة هو القول الشاذ الذي قابل به المولف
القول المشهور قلت الاقرب انه قول غير بن القسم في كتاب
الاستحقاق اذ لا اشعار في كلامه بالتخيير قوله فان استحقت
الارض مزروعة بعد ابان الزراعة فلا شي للمالك عليه زرعها
او اكراها يعني ان من بيده ارض بوجه شبهة يظنها ملكا له اما
لانه اشتراها من غاصب لم يعلم بغصبه او اعتقد انها موات فاحياها

ثم ثبت

ثم ثبت انها ملك لغيره بعد ان زرعها وفات ابان الزراعة فمنفعتها
لهذا الزارع من غير عوض يلزمه في ذلك وسوا تولى زراعتها بنفسه
او اكراها ممن زرعها واما ان كان زارعها غاصبا فهذا الوجه لم
يتعرض المولف الى بيانه هنا والكلام فيه يطول وتقريبه ان رب الارض
ان قام على الغاصب بعد الحرث وقبل الزراعة كان له اخذ الارض بمنفعتها
من غير عوض على اظهر القولين في تزويق الجدار وشبهه وان كان قيامه
بعد الزراعة وقبل ظهور الزرع او بعد ظهوره وقبل ان ينتفع به فله ان
يامر الزارع بقلعه او ياخذه من غير عوض ولو اتفقا على ابقايه في الارض
بكرا فمنع منه بن المواز لانه يودي الى بيع الزرع قبل بدو صلاحه
ورا ان المالك لما كان قادرا على اخذه بغير عوض فابقاه لزارعه
بكرا كان ذلك الكرا عوضا عنه في المعنى فهو بيع له على التبقية وخرج
بعض الشيوخ في ذلك خلافا من الخلاف فيمن ملك ان يملك وان كان
قيامه بعد ان بلغ الزرع مبلغا ينتفع به ولم يخرج ابان الحراثة كان
للمالك ان يامر الغاصب بقلعه وهل له ان يعطي الغاصب قيمته مقلوعا
ويبقيه لنفسه في ذلك قولان والاظهر الجواز وان كان قيامه بعد
ذهاب زمان الزراعة فعن مالك روايتان مشهورتان احدهما وهي
الاشهر انه ليس له قلعه ولا يجب له الا كرا الارض اذ لا يحصل لرب
الارض بقلع الزرع حينيذ منفعة والرواية الاخرى انه مخير في تبقيته
على اخذ الكرا او يامر بالقلع لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم
حق فاتفقت الروايات هنا على انه ليس للمالك الا الكرا وعن مالك
رواية شاذة ان الزرع لصاحب الارض وعليه للغاصب ما انفق
في ذلك واختارها غير واحد واحتج بما رواه الترمذي قال
النبي عليه السلام من زرع في ارض قوم بغير اذنهم فالزرع لرب الارض
وعليه ما انفقه قوله فان كان في ابانها او كانت تزرع بطونا
فللمالك الخيار في اجرة المثل من حين وجوبه او نسبة ما بقي ○ يعني فان

قام المستحق من يد غير الغاصب وهو الذي حرث او زرع لشبهة شرا او كان قيامه في ابان الزراعة وهي مما تزرع بطونا في العام من واحدة او كانت تزرع بطونا فلم يستوف تلك البطون فان المالك مخير بين شيين احدهما اجرة المثل فيما زرعه المستحق من يده من الوقت الذي وجبت له الارض وقضي له بها والثاني ان يكون له نسبة ما بقي من مدة الكرا على حساب الكرا الذي اكراها المستحق من يده اذا كان اكتراها لهذا الزرع وهذا الكلام وان كان ظاهرا في الفقه فهو خلاف ظاهر المدونة وموافق لقول عبد الملك قال ابن القسم في المدونة وان كانت ارضا تزرع في السنة مرة فاستحقها وهي مزروعة قبل فوات ابان الزرع فكرا تلك السنة للمستحق وليس له قلع الزرع لان المكتري زرع بوجه شبهة وقال عبد الملك ان قدر ما مضي من الكرا يكون للمستحق من يوم يعني في العام الذي قام فيه المستحق وعلى مثل هذا يكون الحكم اذا كانت تزرع بطونا هذا ما يتعلق بكلام المولف ولهذه المسلة وجوه يحتمل اكثر من هذا **قوله** فان غرس او بنا قيل للمالك ادفع قيمته قايما فان ابى قيل للمشتري او المكتري اعطه قيمة ارضه براحا فان ابيا كانا شريكين بقيمة ارضه وقدر ما يبني به مثله على الاشهر لا بما زاد يعني ان المشتري الذي لم يعلم بالغصب او المكتري كذلك اذا قام عليهما المستحق فاثبت ملكه بعد ان بنيا او غرسا ولم يرض بامضا الكرا فانه يقال لهذا المالك ان شيت ان تعطي للباني او الغارس قيمة البنا او الغرس قايما فان ابي من ذلك قيل للباني او الغارس اعطه قيمة ارضه براحا لا بنا فيها ولا غراس فان ابا من ذلك كانا شريكين فالمالك بقيمة ارضه براحا واختلف في الباني والغارس على قولين احدهما ان يكون شريكا بقدر ما يبني به مثل ذلك البنا وهو اشهر القولين والقول الثاني وهو مشهور ايضا انه يكون شريكا بما زادت قيمة البنا او الغرس في قيمة الارض براحا وقد اكثر الشيوخ من الاعتراض على هذه المسلة وزاد المولف في هذه المسلة زيادة

توجب اعتراضا غير ما ذكروه وهو اولي بان يبدا به لانه اخص بكلام المولف وذلك بانه خير المالك اولا بين قيمة البنا قايما وهذا يعطي انه لا يجب عليه للباني غير ذلك لا اقل منه ولا اكثر وقال اذا ابا المالك والباني من دفع ما عرض على كل واحد منهما كانا شريكين ويكون الباني شريكا بقدر ما يبني به مثل الارض وقد علمت انه لا يكون شريكا الا بما وجب له كما ان رب الارض لا يكون شريكا الا بما وجب له وهو قيمة الارض الذي عرض على الباني فابا من دفعه والذي يبني به الارض مخالف لقيمة البنا قايما وانما تبع المولف في ذلك لبعض الشيوخ ممن استشكل قول ابن القسم الذي جعل للباني ان يطلب قيمة البنا قايما وجعله يكون به شريكا فقيل مراد ابن القسم بقيمة البنا قايما في الوجهين هو قدر ما يبني به مثلها لانا ان ابقينا الكلام على ظاهره ادي ذلك الي ان يكون للباني جز من الارض وهو موضع اساس البنا لان البنا قوم قايما ولا يتاتي قيامه الا في مكان فيعطي للباني ازيد مما هو له فاجاب ذلك الشيخ بما قلناه فذكر المولف هذا الكلام حيث يكونان شريكين ولم يذكره في اول المسلة بل حمل للباني طلب قيمة البنا قايما وحقه ان يسوي بين اول الكلام واخره فاما ان يبقي الروايه على ظاهرها في الوجهين او يتاولها فيهما وليس لقايل ان يقول انه ابقي الروايه في اول الكلام على ظاهرها وغيرها في اخره لينبه بذلك على انه اراد تاويلها فان ذلك لا يدل عليه كلامه مطابقة ولا التزاما وقد جمع المولف المكتري في هذه المسلة مع المشتري في الحكم وانما يجتمعان اذا لم يرض المالك بتمام عقد الكرا ولم يمضه للمكتري وهكذا قال في المدونة اذا فسخ المستحق الارض بقية مدة الكرا فانه يعطي للمكتري الذي بنا او غرس قيمة بنايه وغرسه قايما قال ويرجع المكتري الذي بنا او غرس قيمة بنايه وغرسه على من اكتري منه بما ينوب المدة التي فسخ كراها مستحق الارض كما يرجع من اشترى سلعة فاستحقت من يده بثمنها على من باعها منه فاسقط المولف هذه الزيادة لانها معترضة عند الشيوخ

بان المكتري اذا اخذ قيمة البنا قايمًا بعد فسخ الكرا فقد اخذ جميع حقه بكل وجه
لان معنى كونه باقيا قايمًا اي باقيا في الارض فكيف يرجع على المكتري بالكرا
فيكون قد اخذ حقه مرتين وقد اراد بعض المحققين من الشيوخ ان يجيب عن
الاشكال الذي اورد على ابن القسم في صدر هذا الكلام وهو لزوم ادخال
شي من الارض في قيمة البنا قايمًا فاجاب عن ذلك بان مستحق الارض لما كان
قادرًا على ان يلزم الباني والغارس قيمة الارض براحًا فعدل عن ذلك كان
رضًا منه بان يعطي للباني والغارس قيمة عملهما قايما الان فعلهما وقع بوجه
شبهة فلا سبيل الى اعطايهما قيمة ذلك مقلوعًا وهذا حسن لو كان رب الارض
مخيرًا في ان يلزم الباني قيمة الارض براحًا ولم يخيروه في ذلك وانما خيروه
في شي اخر وايضا فقد يقال ان الباني لما خير في دفع قيمة الارض براحًا
فلم يفعل وكان رب الارض اقوى عذرا من الجاني لان الباني تصرف في
ملك رب الارض بغير اذنه وجب على هذا التقدير ان لا يكون للباني الا قيمة
بنايه منقوضًا لكنهم ارادوا ان يفرقوا في الحكم بين من بنا متعديا او
بنا بوجه شبهة ولهذا يقوى قول من جعله شريكا بما زادت قيمة البنا
في قيمة الارض براحا الا ان هذا القول يضعف من وجه اخر وذلك ان
كثيرا من الاراضي لا يزيد البنا في قيمتها اذا لم تكن مقصودة عند الناس
للبنا غالبًا او كان البنا الذي حصل فيها لا يليق بها الا نانه فمثل هذه الارض
لا يزيد البنا في قيمتها وعلى هذا يكون الغاصب فيها احسن حالا ممن بنى
بوجه شبهة لان الغاصب ياخذ قيمة بنايه منقوضا ولا بد له من قيمة وان
قلت ومن بنا بوجه شبهة قد لا يزيد قيمة الارض لاجل بنايه كما قلنا والله
اعلم **قوله** وفي الزرع سنين يفسخ او يمضي فان امضاه فله نسبة ما
ينوبه لجمع سلعتين لرجلين • يعني ان المستحق للارض اذا قام بعد ان اكراها
المستحق من يده لحرث سنين وقد زرعت سنة مثلا او اكثر من ذلك وانقضا
ابان الزراعة فكرا ما زرع للمستحق من يده وما بقي من مدة الكرا يكون المالك
مخيرًا فيه بين فسخه وامضايه وهذا ظاهر مما تقدم فاذا امضى الكرا في باقي

المدة

المدة فلا يجوز له ذلك على عدد السنين بل على حسب ما يراه اهل المعرفة وذلك
مجهول القدر عند المالكين لا مضا فاستشكل هذا المعنى غير واحد فاجاب
بعض الشيوخ عن ذلك وهو الذي اشار المولف الى معناه بقوله لجمع سلعتين
لرجلين يعني ان المستحق من يده ما مضى من مدة الكرا والمالك له ما بقي فما ياخذ
من المكتري يشتركان فيه ولا يضر المالك الجهالة بقدر ما ينوبه منه كما لا يضر
ذلك في جمع السلعتين لرجلين في البيع على احد القولين وهذا كانه التزام للاشكال
واجيب عنه بان الخلاف في جمع السلعتين في ابتدا العقد وهو غرر في اصلها
ومسلة الاستحقاق هذه الغرر لاحق لها ولو لاحق البيع لا يطلب رفع الغرر عنها
وقد يقال على هذا ان مثل هذا الغرر غير مغتفر كما اذا استحق اكثر الصفقة
في الثياب فقد منع ابن القسم من تمسك المشتري بالاقل وان كان غررا لاحقا
للعقد ولم يعتبره ابن حبيب فانظر في ذلك **قوله** وحد الواطي العالم والولد
رقيق ولا نسب له • اذا كان الواطي غاصبًا فلا شك في حده وعدم لحوق
النسب وانه رقيق لمالك الام وان كان مشتريًا من غاصب وهو عالم بالغصب
وفي معناه الموهوب له فكالغاصب وهو مراد المولف هنا الا ان اهل المذهب
قيد واهذه المسلة بان تقوم البينة قبل الوطي على ان الواطي اقر بعلمه ان الامة
مغصوبة او تشهد الان بينة انه اقر عندهم قبل الوطي بعلمه واما ان لم يكن
الا مجرد اقراره الان بانه وطي عالما فقالوا لا يحد لاجل اقراره على نفسه
بالزنا ويلحق به الولد ولا يقبل نفيه له لتعلق حق الله تعالى وحق الولد في
ثبوت النسب وهذه احدى المسايل التي يجتمع فيها الحد وثبوت النسب
وهي مسايل كنا قبل هذا جمعنا منها عددًا واظن انا قدمنا شيا من الكلام
عليها في هذا الكتاب ولعل ان نتكلم عليها في موضع هو اليق بها من هذا الموضع
قوله ويضمن غير العالم قيمة الولد يوم الحكم ان كان باقيا الا ان
ياخذ فيه دية فيكون عليه الاقل منها او من قيمة الولد حيا • يعني ان
من وطي امة غيره بالملك ولم يعلم انها ملك لغيره فلا خلاف في المذهب
ان ولده منها حر لاحق النسب ولا يكون لمستحق الام اخذ الولد واختلف قول

مالك رحمه الله فهل له اخذ الام على ما يقوله المولف الان وما الواجب في الولد
للمستحق اللام فقال مالك مرة له اخذ قيمته وقال مرة احري لا شي له فيه وقال
ابو ثور وداود له اخذ ولد الغارة وروي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما انه يقضي
له بامثال الولد وروي عن عمر ايضا انه قال في ولد الغارة عبدان وروي
عنه انه قال فيها في مكان كل عبد عبدان وفي مكان كل جاريه جاريتان
وكتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه في ذلك انه يفادي اولاده بوصيفين
احرين كل واحد باثنين احب اهل الجاريه او كرهوا ومذهب الشافعي
ان من وطي امة بملك اليمين فاستولدها ثم اتى سيدها بمهر فاستحقها فانه
ياخذها بعينها وقيمة ولدها يوم ولد او ياخذ من مستولدها مهر المثل وارش
البكارة ان كانت بكرا وقيمة ما استخدمها او قيمة ما عطله الا من الخدمه ان
كان لم يستخدمها لانه يري ان الغلات ترد في الاستحقاق من مستر
اغتل بوجه شبهه مثل ما ذهب اليه السيوري قال المولف ويضمن قيمة
الولد يوم الحكم هذا هو المشهور خلافا لما يقوله الان عن المغيرة ان القيمة
في الولد يوم الوضع كما حكينا عن الشافعي والاصل ان لمالك الام اصلا
لا لمفاعيل شيئه والاصل كان في الولد ما قاله المغيرة ان تكون قيمته يوم الولادة
لتعذر اخذ عينه على ما اتفق عليه السلف رحمة الله عليهم واما قول المولف
الا ان ياخذ فيه ديه فهذا هو ايضا المشهور وعن اشهب ان كان قتل
الولد خطا لم يجب للمستحق في دية الولد شي وعلى القول الاول لو قام المستحق
قبل ان ياخذ الاب الديه من العاقله فان المستحق ياخذ من العاقله اول نجم
في القيمة فان تساويا فحسن وان كانت القيمة اقل من النجم الاول اخذ الاب
باقي النجم الثاني وهكذا يا حد من النجم الثاني ان كانت القيمة اكثر من النجم
الاول فان كان قيام المستحق بعد اخذ الاب جميع الديه من العاقله لم يكن
للمستحق ان يرجع على العاقله وانما يتبع الاب لان العاقله دفعت لمن يستحق
قبض الدية منها وهو الاب **قوله** فان اخذها عن عضو غرم قيمته
ناقصا مع الاقل من النقص او الدية • هذا الفرع مركب من الفرعين
الذين

الذين تقدما وذلك ان العضو المقطوع من الولد يتنزل منزلة الولد لو قتل فيكون
في ذلك الاقل من ديته او ما نقصه القطع من قيمته صحيحا او تكون قيمة
الولد مقطوع العضو بمنزلة قيمته سالما ثم يضاف هذا الاقل الى قيمة
الولد ناقصا فيكون مجموع ذلك للمستحق وهذا كله على مذهب ابن القسم
فوق هذا واما على مذهب اشهب هناك الذي لا يجعل للمستحق شيئا من دية
الولد في الخطا فكذا لا يكون له هنا شي من دية الولد قال ابن القسم
في هذه المسلة وفي التي قبلها وما فضل من الديه يكون للاب وتاول الشيوخ
هذا على ان المراد به ان تلك البقية ينظر فيها الاب لولده الصغير
وهي مع ذلك ملك من املاك الولد وعلى ما ذكره المولف هنا وما ذكرناه من
قول اشهب يكون حكم الغره لو ضرب بطن هذه الامة فالقت جنينا ميتا
وههنا تم القول الاول في اللازم بسبب الولد وما فرعه المولف عليه ثم ذكر
المولف بقيه ما في المسلة من الاقوال فقال وقال المغيرة يوم الوضع وهذا
ايضا من تفاريع القول الاول وقد تقدم ما ذكرنا من الخلاف في ذلك خارج
المذهب ثم قال وكان مالك يقول لمستحقها اخذها ان شاء مع قيمة ولدها
ثم رجع فقال قيمتها يوم استحقها ثم رجع فقال قيمتها وحدها يوم
وطيها قاله اشهب ثم رجع الى القول الاول • لما انقضى كلامه فيما يتعلق
بالولد من الاحكام اخذ يذكر ما في الام من الاقوال لمالك والقول الاول
اختيار ابن القسم ومذهب كثير من العلما وروي عن علي والقول الثالث
هو الذي افتى به مالك رحمه الله لما استحقت ام ولده ابراهيم وتابعه
على هذا جماعة من كبار اصحابه كابن كنانه وابن دينار وغيرهما ثم رجع
الى المذهب الاول كما ذكره المولف قال ابن كنانه وعلى هذا المذهب
مات وسبب الخلاف تقابل ضررين ولا يخفى عليك تمام الكلام في التوجيه
قال ابن القسم في كتاب القسم من المدونة بعد ان ذكر القولين الاولين
ولو رضي المستحق باخذ قيمتها وقيمة ولدها لم يكن للذي اولدها ان يابى
ذلك ويجبر حينيذ في قولي مالك جميعا على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم

الاستحقاق قال اشهب في كتاب ابن المواز هذا خطأ وانما كنت اقول لو قلت بهذا عليه قيمتها يوم احبلها ثم لا قيمة له في ولدها لانه في ملكه ولد وقيل سحنون في العتبية عن رجل اشترى جارية فاولدها ثم استحقها رجل قد دفعها اليه الذي اولدها ثم اشتراها منه بعد ذلك هل تكون الجارية ام ولد له ام لا حتى يولدها بعد الشرا فقال ان كان دفعها اليه بقضا قاض ثم اشتراها فانها لا تكون له ام ولد حتى يولدها فيما يستقبل وان كان دفعها اليه بصلح عن غير قضا قاض ثم اشتراها فانها تكون له ام ولد بملكه الاول حين اولدها فان قلت هل الفرق بين القول الثاني والقول الثالث على ما ذكره المولف مقصور على زماني القيمة لانه قال في القول الثاني يوم يستحقها وفي القول الثالث يوم وطيها ام بينهما غير ذلك قلت بينهما فرق اخر اشار اليه المولف بقوله في القول الثالث قيمتها وحدها فقيد الوحدة مقصور على القول الثالث فيكون الواجب على الواطي في القول الثاني قيمتها يوم وطيها مع قيمة ولدها يوم الحكم قوله فان وطيها بالملك ثم استحقت بحرية فقال مالك رحمه الله لا صداق لها واستشكل وخولف والغلة منزلة عليه • يعني ان من اشترى امة فوطيها ثم استحقت بانها حرة فاختلف المذهب هل لها صداق ام لا فقال مالك لا صداق لها وقال المغيرة لها الصداق والقولان في المدونة واختار غير واحد مذهب المغيرة لان الوطي انتفاع بغير مملوكه ولا ضمان فيها بخلاف من تستحق بملك بعد ان وطيها من كانت بيده فان ذلك الوطي يجري مجرى غلات المضمون وهذا هو وجه الاشكال الذي اشار اليه المولف بقوله واستشكل واشار بقوله وخولف الى قول المغيرة الذي حكيناه فان قلت هلا استغنى المولف بقوله وخولف عن قوله واستشكل لان من خالف قولا لابد ان يعتقد ان الصواب في مخالفته قلت قد يكون المستشكل غير المخالف فان الاشكال انما يكون غالبا من عرض القول على اصول ذلك القايل فلا يقبله اصوله والمخالف لقول قد

يوافق

يوافق على اصول ذلك القول ويخالف في الاجرا عليها وقد يخالف في الاصول التي بني عليها القول ويسلم صحة الاجرا عليها فلا يكتفي باحد الكلمتين عن الاخرى واما قوله والغلة منزلة عليه فيعني به وغلة هذه الامة منزلة على الصداق فان قلنا ان لا صداق على الواطي لم يلزمه غلة وان قلنا عليه الصداق لزمه رد الغلة وهو ظاهر وان كان بعضهم اسقط عن المستحق من يده رد الغلة والزمه رد الصداق وما قاله المولف هو مذهب المتقدمين وهو الاظهر وقد ظهر مما قلناه ان الضمير المجرور من قوله عليه راجع الى الصداق ويحتمل عوده على الخلاف المفهوم من قوله وخولف والوجه الاول اظهر قوله والمتعدي يفارق الغاصب لان المتعدي جنى على بعض السلعة والغاصب اخذها ككسر الصحفة وتخريق الثوب • هذه المسلة ذكرها المولف من المدونة ليتوسل بها الى الكلام على احكام التعدي وقد قدمنا قبل هذا ان التفريق بين الغصب والتعدي مشكل فاما ان يكون المولف نسب هذه المسلة الى المدونة لذلك واما ان يكون وهو الاقرب نسبها الى المدونة لان هذا التفريق من حيث الحكم لا من حيث المعنى وايضا فانه لا يتصور التعدي الا ترى ان المكتري اذا زاد في المسافة وكذلك المستعير يكون حكمهما حكم المتعدي لا حكم الغاصب وكذلك من اودعت عنده دابة او ثوب فاستعملها فهذا الفرق الذي ذكره عن المدونة لا يكفي في هذا الموضع ولما كان التعدي عند المولف مقصورا على ما ذكره او كان مقصورا مثله بكسر الصحفة وتخريق الثوب قوله فان كان فسادا كثيرا خير ربها بين اخذه وما نقصه وبين قيمته • هذه المسلة مما يفترق فيها حكم الغصب من حكم التعدي على المشهور وذلك ان العيب اليسير في الغصب موجب لتضمين الغاصب ان شاء ذلك رب المغصوب وليس له ذلك في العيب اليسير في التعدي على المشهور على ما يذكره المولف الان والمشهور في الفساد الكثير بسبب التعدي هو ما ذكره المولف هنا وقال اشهب وهو ظاهر كتاب القذف من المدونة ان المتعدي لا يضمن فيه ما نقص فاما ان يريد رب الثوب مثلا تضمينه قيمة الثوب

سالما يوم التعدي عليه بالفساد واما ان ياخذ الثوب على حاله ولا ياخذ ما نقص وهو كان الاولى **قوله** قالوا لعد رفو الثوب وشعب القصعه وضعف • جرت عادة المولف انه انما ياتي بهذه الصيغة اعني لفظ قالوا اذا كانت المسلة منصوصا عليها للمتقدمين في المذهب ثم يستشكلها وليست هذه المسلة منصوصة للمتقدمين وانما ذكر هذا بعض الشيوخ والحق غيره وقال ظاهر نصوصهم خلافه وانه لا يلزمه في العيب الكثير رفو ولا شعب اذ قد يلزم في رفو الثوب اذا كان خرقه كبيرا مثل قيمة الثوب صحيحا او ما يقاربها ولعل هذا الكلام وما في معناه هو الذي اراده المولف بقوله وضعف واما قول المولف وقال اشهب يخير لغير شي ورجع عنه بن القسم فهو الذي لتنباه فوق هذا ومعنا قوله بغير شي اي لا يلزم المتعدي ما نقصه العيب **قوله** فان كان يسيرا فليس الا ما نقصه بعد رفوه باتفاق وقد كان مالك رحمه الله يقول ما نقصه ولا يفصل بين قليل ولا كثير • فان كان خرق الثوب يسيرا فلا يكون لربه الا ما نقصه بعد ان يرفوه المتعدي والى قوله بعد رفوه يرجع قوله باتفاق اي اتفقوا على الرفو في هذا القسم ولم يختلف فيه كما اختلف في القسم الذي قبله اذا كان الخرق كثيرا اهل يرفوه لربه او لا ويحتمل ان يرجع قبل الاتفاق المذكور الى تضمين نقص الثوب الذي تعدى فيه تعديا يسيرا وقد يقوي هذا الوجه بان بن المواز قال في المتعدي يفسد الثوب فسادا يسيرا لا يلزمه الا ما نقصه بعد رفوه قال ولم يختلف في هذا قول مالك ولا بن القسم ولا اشهب كانت جنايته عمدا او خطا وايضا فقد قال بعضهم لو قال قايل في اليسير انما عليه ما نقصه فقط لم اعبه لانه اذا اعطاه ما نقصه فقط لم يدخل الرفو في قيمة هذا النقص لكنه احتج على هذا بحجة غير ظاهرة **قوله** وسوا الحيوان وغيره اي في التفرقة بين الفساد اليسير والكثير غير انه لا يتاتى فيه الاصلاح كما يتاتى في الثوب والقصعة وهل تتنزل منزله ذلك اجرة الطبيب ام لا ظاهر المذهب انه لا يقضى على المتعدي بها ووفق بينهما بان اجرة الطبيب الرفو معلومة ويظهر اثرها واجرة

الطبيب

الطبيب لا يعلم غايتها وقد لا يظهر اثرها فلم نكلف المتعدي بها واستغني عنها باغرامه قيمة النقص **قوله** والكثير ما افات المقصود وان كان في الصورة يسيرا كقطع ذنب البغلة واذنها وقطع طيلسان ذي الهيبة وجبته وعمامته وشبه ذلك • لما قدم حكم الكثير واليسير وان حكمهما مختلف اخذ يبين ما هو الكثير وبيانه بالمطابقة يستلزم بيان حكم اليسير والكثير على ما قاله وهو المفيت للمقصود وسوا كان في الصورة كثيرا كقطع اليدين والرجلين معا او قطع اليدين خاصة او الرجلين خاصة اوفقي العينين او كان يسيرا في الصورة وهو كثير في المعنى ومثاله ما ذكره المولف من قطع ذنب البغلة او اذنيها وتقييده الطيلسان والجبة والعمامة بان يكون من لباس ذي الهيبة دليل على ان قطع الذنب والاذنين انما يعتبر في مركوب ذي الهيبة ايضا ولو اتى بعبارة اجلى من هذه لكان احسن فان قلت هل مراد المولف ان قطع الذنب وحده كاف وان الاذنين كذلك او مراده انما هو الجمع بين قطع الاذنين مع الذنب **قلت** الذي يقتضيه كلامه انما هو ما حصل بسببه الشين الكثير وقطع الذنب وحده كاف في ذلك وكذلك قطع الاذنين الا ان في كلام المتقدمين ما يوهم خلاف ذلك فان بن حبيب قال عن مطرف وبن الماجشون ان قطع ذنبه وهو فرس او حمار او بغل فارة ضمن قيمة جميعه لانه ابطل الغرض فيه من ركوب من يركبه مثله من ذوي الهيات بخلاف العين والاذن وقاله اصبغ فقولهم في العين والاذن انما يريدون به العين او الاذن الواحدة واما قطع ذلك اعني الاذنين والذنب من غير مركوب ذوي الهيات فليس بمفيت وعليه يحمل ما وقع في كتاب بن المواز عن اشهب قال واما الدواب والبهايم فان قطع اليد الواحدة يذهب منافعها او جلها ويجب عليه فيه قيمة الدابة واما فقي عينها او قطع ذنبها او اذنها او كسرها كسرا تجبر فيه فانما عليه ما نقصها وقاله عمر بن عبد العزيز ومالك وابو الزناد رحمهم الله قال مطرف وبن الماجشون واصبغ لو تعدى على شاة بامر قل لبنها به فان كان عظم ما تراد له اللبن ضمن قيمتها ان شا

وان لم تكن غزيرة اللبن فانما يضمن قيمتها واما الناقة والبقرة فانما عليه
ما نقصهما وان كانتا غزيرتي اللبن لان فيهما منافع غير ذلك باقية واما مثل
الكثير في الصورة والمعنى فلا يحتاج الى تعدادها لبيانها بنفسها كفقء عيني العبد
او قطع يديه على ما ذكره في كتاب الديات من المدونة وان كان كلامه في كتاب
الغصب قد يوهم خلاف ذلك الا انه متأول على الموافقة واختلف المذهب
بعد ذلك هل يعتق هذا العبد على المتعدي اولا فذهب ابن القاسم واشهب
الى انه يعتق على المتعدي وخالف في ذلك مطرف وابن الماجشون قالا لانه
انما مثل بعبد غيره وعندهما ان السيد لو شاء ان يمسك العبد ويأخذ
ما نقصه لم يكن له ذلك وما ذكره في العتق هو الاقرب لان العتق بالمثلة
مشروط بكونه في ملكه ولم يتقرر الملك قبل ذلك وكان ابن القاسم واشهب
عدا الملك سابقا على المثلة او قدراه وقعا معا الا انهما احتاطا
للعتق وقد جرينا في هذا الموضع على عادتنا من الاقتصار على ما يتعلق بكلام
المؤلف على ذلك نحو فيما يأتي ان شاء الله تعالى **الشفعة** قوله الشفعة
قال غير واحد انها بسكون الفاء فقيل ان اصل ذلك من الشفع الذي هو
ضد الوتر لان الشفيع يضم الحصة التي يأخذها الى ما كان ملكا له قبل
ذلك فيصير ملكه شفعا بعد ان كان وترا وقيل من الشفاعة لانه
ينتفع بنصيبه الى نصيب صاحبه وقيل كانوا في الجاهلية اذا باع الرجل
حصته او اصله اتى المجاور شافعا الى المشتري ليوليه ما اشتراه
ويصله بما كان بملكه وهي مجمع عليها من حيث الجملة وفيها احاديث
كثيرة ففي الصحيحين عن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم الشفعة في كل شرك في ارض او حايط او ربع لا يصلح
ان يبيع حتى يعرضه على شريكه فيأخذ او يدع فان ابى فشريكه احق
به حتى يؤذنه وفيه ايضا عن ابي هريرة قال جعل رسول الله صلى
الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة وفيه ايضا عن ابي رافع قال سمعت النبي صلى الله عليه

ابن عبد الله

اصطلاحهم

وسلم يقول الجار احق بصقبه وقول المؤلف في تفسير حقيقة الشفعة اخذ
الشريك حصة جبرا بشراء قوله اخذ الشفع التي يلفظ كالجنس لهذا الرسم
ولفظ الشريك كالفصل او الخاصة احترازا من الجار فانه لا شفعة له على ما سيأتي
وقوله حصة احترازا من ان يأخذ منه ما ليس بينه وبينه شركة فيه
فان الشريك قد يقضى له على شريكه بحق غير متعلق بالشركة وقوله جبرا
احترازا عن محض الشراء الاختياري وقوله بشراء ليخرج الاستحقاق عن
محض الشراء وربما اعترض عليه بانه غير مانع لدخول ما يأخذ الشريك
من شريكه من الحصص جبرا بشراء في الثياب وغيرها اذا كانت لا تنقسم
ودعا احدهما صاحبه الى البيع فانه يعوض المشترك بينهما في ذلك للبيع فاذا
وقفت على ثمن ما شاء منهما اخذ بذلك اخذه **واجيب** بانا لا نسلم
انه اخذ الان حصة شريكه خاصة وانما اخذ المبيع كله بثمنه غير انه
سقط عنه ثمن حصته ويدفع لشريكه ثمن حصته وليس هذا الجواب بالقوي
ولما كانت حقيقة الشفعة عنده هي ما ذكره استلزم ذلك ماخوذا وماخوذا منه وماخوذا
به فكانت هذه الثلاثة هي اركان هذه الحقيقة فقال الماخوذ
ان كان عقارا منقسما غير منا قل به ولا تابع اخذ اتفاقا هذا الكلام
يحصر الصورة المتفق على وجوب الشفعة فيها للشريك وهو مشتمل على
قيود القيد **الاول** ان يكون الماخوذ عقارا واختلف العلماء في غير
العقار هل يتعلق به شفعة فالجمهور على انه لا شفعة فيه وذهب بعض
المكيين الى وجوب الشفعة في ذلك وحكاه بعض المخالفين عن مالك
والمالكية انكروا نسبة هذا القول الى مالك رحمه الله حتى قال
بعض الشيوخ لعله رأى قول مالك في الحائط يباع بسقيه منه وفيه
الحيوان والرقيق قال او يكون رأى قوله في الثوب المشترك ادعى
من العروض فذكر الصورة التي قدمنا ذكرها في الاعتراض على رسم
الشفعة واحتج الجمهور بما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما
قال انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم

لا الشفعة في جميع المال
فظن انه يرى الشفعة
في الحيوان والرقيق

فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا سفعة قال ابن حنبل هذا اصح حديث
روي فيه واحتج الاخرون بما رواه الترمذي عن بن ابي مليكة عن بن عباس
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشريك شفيع والسفعة في كل
شي قال بعضهم يروى مرسلا وهو اصح والقيد الثاني ان يكون العقار
منقسما اي قابلا للقسمة وقد تقدم لنا في غير هذا الموضع ان لفظ إنفعَلَ
وما تصرف منها انما تستعمل فيما هو حاصل بالفعل لا فيما هو قابل للحصول وسياتي
الكلام على الخلاف الذي يدل عليه هذا القيد والقيد الذي بعده وهو
كونه غير منافل به حيث يليق به من الكلام المولف واما القيد الرابع
الرابع وهو قوله ولا تابع فظاهره ان الصفقة اذا كانت تشتمل على غير عقار
وعلى عقار لكن العقار تابعا لما ليس بعقار فانه لا سفعة في ذلك العقار اما
باتفاق في المذهب او باختلاف وهذا ليس بصحيح فان مثل هذه الصورة متفق
على وجوب السفعة فيها فيما اعلم وانما يريد بهذا الكلام اخراج الصورة التي
يذكرها بعد هذا مختلفا فيها وهي الانقاض في الارض المحبسة او المعارة فكانه
يقول وان لا يكون البنا الذي هو من جنس ما فيه السفعة لكونه مستركا
تابعا للارض التي لا سفعة فيها المانع من ذلك اما لكونها غير مستركة
او لغير ذلك قوله والشجر والبنا والبير ومحل النخل تبع له • هذه التبعيه
مخالفه للتبعيه التي ذكرنا الان معناها ومعنى هذه ان البنا والشجر
وما يشبههما وان كانا ليسا من جملة الارض ولكنهما لشدة اتصالهما بالارض
صارا كالجزء منها فاذا ابيعا مع الارض في صفقة واحدة وجبت السفعة
في الجميع بخلاف انضمام الثوب وشبهه للارض في صفقة التبايع
واما البير ومحل النخل نوع من الشجر وانما يختصان بحكم آخر وهو [margin: ولا يحتاج الى ذكرهما]
اذا قسمت الارض وبقي محل النخل والبير مشتركا فقال في المدونة [margin: بخصوصيهما لان]
السفعة ان بيعت مع الارض الدار او وحدها وان السفعة لا تكون [margin: البير جزء الارض]
في حديد الحايط ورقيقه فكيف لا تكون في الرحا فهذه الحجة كان [margin: ونخل النخل نوع شجر]
ينبغي ان يشير المولف وتامل لم جعل اشهب للشريك فسخ البيع لعدم قوته

وتكلم في مسله

في مسله الماء اذا قسمت الارض وبقي الماء ثم بيع انه لا شفعة فيه قال
في العتبيه فيه الشفعة واختلف الشيوخ هل ذلك خلاف
بسوال او اختلاف قول والى الاول ذهب سحنون
وابن لبابة واختلف في تاويل الجمع فقال سحنون معنى
المدونة انها ابار كثيرة وقال ابن لبابة
معنى مسله المدونة انها بير لا فنا لها ومعنى العتبية
انها بير لها فنا وارض مشتركة يكون فيها القدر وقال
الباجي انه اختلاف قول وهو الذي حكاه •
ابن رشد عن الشيوخ وان اختلفوا في سبب
الخلاف فقال الباجي انه جار على الخلاف
في الشفعة فيما لا ينقسم كالنخله والشجرة وقال
غيره من الشيوخ انه جار على اختلاف قول مالك
رحمه الله فيما هو متعلق بالارض ومتشبث بها كالنقض
والنخل اذا كانا دون الارض وكالكرا وهو اختيار
ابن رشد والضمير المجرور راجع الى المبيع او الى العقار
الموصوف بالصفات المذكورة وقوله وفي تبعية مجرى الرحا
قولان قال ابن القسم يجري ملغا وقال اشهب لم يصب من قال
لا شفعة فيه القولان نعم لمالك رحمه الله وروى ابن القسم عنه في
المدونة وهي التي قال بها ابن القسم عنه هي مثل قول اشهب ولابن القسم [margin: ورواه ابن وهب]
ايضا قول اخر مثل قول اشهب ومعنى قوله هنا يجري ملغا اي لا سفعة
فيها وظاهره لا فرق بين المجرى العلو والسفل وهو تاويل اكثر الشيوخ

عليه قال بعضهم الخلاف انما هو في العلو والسفل تابعه له على القولين
ولو اقتصر المولف على ذكر القولين ولم يذكر القايلين لتبادر الى فهم الناظر
في كلامه لان ابن القسم يقول بثبوت الشفعة في هذا الفرع وان اشهب
يقول في بنفيها هكذا اعادتهم في هذا الكتاب لكن لما فسر كلامه
تبين ان الامر على العكس واستغنى في كلام ابن القسم بو لو سبب الحكم
عن بيان ذلك الحكم ما هو لله ان قوله لمحجر ملقا معناه انه لا شفعة في
الرحا لانها محجر ملقا قال في المدونة ولو بيعت معها الارض او البيت
الذي تنصب فيه معها الشفعة دون الرحا خصه ذلك قال وسوا الجرا
الما او الدواب ويقول اشهب قال عبد الملك وابن المواز ولما نقل
المولف عن اشهب ولم يصب من قال لا شفعة فيه فالاقتصار على هذا
الكلام لا يفيد سوى ان اشهب اثبت الشفعة في الرحا وانما قال
ذلك اشهب مضافا الى ذكر حجته التي احتج بها قال اشهب في كتاب ابن
المواز ورحا الما والدواب سوا اذا نصباها في تملكات وان باع احدهما
مصابته فلشريكه الشفعة وان شا فسخ بيعه الا ان يدعو البايع الى
المقاسمة فلا ينفسخ حتى تقاسمه فان صار موضع الرحا للبايع جاز بيعه وان
صار لشريكه انتقض بيعه قال ولم يصب من قال لا شفعة في الرحا
ولم تجعله كالبنيان وهي عندنا في البنيان اثبت من الابواب
التي اذا شا قلعها بغيره وان شا ردها بغير كلا مونة ثم فيها الشفعة
ان بيعت مع الدار او وحدها وان الشفعة لتكون في جديد الحايط
ودقيقه فكيف لا تكون في الرحا فهذه الحجة كان ينبغي ان يشير
المولف وتامل لم جعل اشهب للشريك فسخ البيع بعد وقوعه

قوله والثمر تبع للشجر ما لم ييبس بخلاف الزرع، معنى هذا الكلام ان من
اشترى نخلا لا ثمر فيها ثم قام الشفيع وفيها ثمر فانه ياخذها مع الاصل ما لم
يستغن عن السقي واما الزرع في هذا اذا اشترى الارض ثم زرعها فانه ياخذ
الشفيع الارض بزرعها ما لم يبر فاذا ابر لم يكن له الا اخذ الارض دون زرعها
ولعل السبب الذي لاجله افترق الحكم ان الثمر يكون عن غير كبير علاج بخلاف
الزرع فانه اكثر علاجا مع احتياجه للبذر وهذه المسالة تحتاج الى تفصيل
وفي بعض وجوهها خلاف وقد اختلف طرق الشيوخ في نقلها فمنهم من
اجحف في اختصارها كالقاضي عبد الوهاب والمولف ومنهم من اطال
جدا فلناتي بكلام متوسط في ذلك مستلزم للفرع الذي ذكره المولف
اثر هذا وذلك ان المشتري اذا اشترى النخل ولم يكن فيها ثمر
فقام الشفيع قبل الابار فان للشفيع الثمر مع الاصل قال بعض الشيوخ
ولا خلاف في ذلك وان جا وقد ابرت او ازهت فله اخذ الثمر مع
الاصل عند ابن القسم وقال اشهب ان اشتراها مابورة او غير
مابورة ثم ابرها المبتاع فان الشفيع ياخذ الاصل دون الثمرة لان
الشفعة بيع وما بور الثمرة للبايع وهذا القول ذكره في المدونة عن بعض
المدنيين وحيث قلنا ان الثمر تبع لاصله في هذا الفرع فقال ابن القسم
ياخذ الاصل وثمرته بالثمن وعليه ما انفق المشتري فيما سقى وعالج
وقال اشهب ياخذ الثمرة بقيمتها على الرجا والخوف ولو قال قايل
فيه قيمة ما انفق لم ار به باسا وقال عبد الملك وسحنون ليس على
الشفيع شي الا الثمن لان المنفق انفق على مال نفسه فلا يرجع
الا بماله عين قايمه قال ابن القسم واذا فاتت الثمرة باليبس او
الجداد فان الشفيع ياخذ الاصل بجميع الثمن ولا يوضع عنه شي للثمرة
ولا حصة للثمرة من الثمن يوم وقعت الصفقة ولو كانت الثمرة مابورة
يوم الشرا فقال بعض الشيوخ على قول ابن القسم يثبت فيها حكم الشفعة
ما لم تيبس فاذا يبست فلا شفعة فيها ويقسم الثمن على الاصل والثمرة

فما كان للاصل اخذ به الشفيع وان اشتراها مؤبره فقال اشهب للشفيع اخذ الاصول دون الثمرة ثم اختلف المذهب في هذا القسم هل تفوت الثمرة اولا على قولين احدهما ان الثمرة تفوت والثاني انها لا تفوت وترد المكيلة او القيمة او الثمن وهو قول اشهب واذا قلنا انها تفوت فقال مرة تفوت بالجداد او اليبس وقال مرة لا تفوت الا بان تجد ولا يعرف كيلها او تجد قبل طيبها واذا فاتت مما ذا للشفيع فقال مالك يحط عنه مناب الثمرة وقال ابن الماجشون لا يحط عنه من الثمن شي واما الزرع فقالوا ان من اشترى ارضا غير مزروعة فزرعها وجا الشفيع قبل ان ينبت الزرع اخذها بزرعها وان نبت اخذ الارض دون الزرع فان اخذ الشفيع الارض بزرعها لانه لم ينبت فليأخذها بالثمن وبقيمة الزرع على الرجا والخوف قال في كتاب محمد فلو قال قائل يأخذها بالثمن وبما انفق لم اعبه بل هو اقيس واستحسن الاول وقال محمد بل يأخذها بالثمن وبقيمة ما انفق من البذر والعلاج وقال ابن القسم يأخذ الارض والزرع بالثمن والنفقة لمن اشترى نخلا لم تؤبر فأخذ الشفيع بعد الابار واما ان اشترى المشتري الارض بزرعها فجا الشفيع قبل ان ينبت الزرع فقال الباجي فعلى مذهب ابن القسم لا شفعة في الزرع جملة وعلى مذهب اشهب فيه الشفعة قال ويحتمل قول ابن القسم وجهين احدهما انه يأخذ بالشفعة الارض وان لم ينبت الزرع على قول من اجراها مجرى البيع فاذا جا الشفيع وقد نبت الزرع فلا شفعة في الزرع عند ابن القسم وقال اشهب في الموازية له الشفعة اذا قام والزرع اخضر في الارض والزرع جميعا بل ليس له الا ذلك وقال ايضا في موضع اخر له الشفعة في الارض دون الزرع وانكر سحنون قول اشهب في الزرع وقال بقول ابن القسم **قوله** وفي سقيها واصلاحها قولان •

قد تقدم

قد تقدم الان ما يوخذ منه هذان القولان وما مقدار الواجب في ذلك على القول بانه يجب عوض في السقي والاصلاح **قوله** وفي الثمار والكتابة وإجارة الارض للزرع قولان • اما الثمار فالقول بثبوت الشفعة فيها لمالك وابن القسم واشهب ومعظم اصحاب مالك رحمهم الله قال اشهب لانها تنقسم بالحدود كما تنقسم الارض قال بعض الشيوخ يريد اذا قسمت في النخل قبل الجد لاختلاف اغراض الناس اصلها وروي عن مالك وهو مذهب ابن الماجشون انه لا شفعة فيها وهو الاظهر لان الحدود والطرق لا تنتهيا فيها على نحو ما تنتهيا في العقار وما قاله اشهب فيه تكلف واذا فرعنا على القول الاول فقال ابن القسم في المدونة للشفيع الشفعة ما لم تيبس الثمرة وروى اشهب عن مالك ما لم تزايل الاصل وعن اشهب ايضا اذا قسمت الارض دون الثمرة ثم باع احدهما حظه من الثمرة بعد الطيب فلا شفعة فيها قال والثمرة هنا كالبير بعد قسم الاصل لا شفعة فيها قال ابن القسم عن مالك الشفعة في العنب قال ابن القسم وكذلك المقاثي لانها ثمرة ولا شفعة في البقول قال الباجي يريد كل ما له اصل تجنى ثمرته مع بقائه ففيه الشفعة وروى ابن القسم انه لا شفعة في الزرع لانه لا يحل بيعه حتى ييبس قال بعضهم فيه يتخرج على قول من اجاز بيعه اذا افرك او على قول من يرى العقد فوتا اذا وقع **قلت** انما يتم هذا التخريج اذا كان من مذهب من اجاز بيعه اذا افرك الشفعة في الثمار وفي الممكن ان يقول بجواز بيع الزرع اذا افرك ولا يكون من مذهبه جريان الشفعة في الثمار ولذلك يقال على مذهب من يرى عقد البيع فيه فوتا فتامله واما الكتابة فليست من هذا المعنى ان احد الشريكين يرجح على الاخر فليس ذلك مذكورا هنا وانما الذي قيل في المذهب ان المكاتب يكون احق بكتابته اذا بيعت كلها هكذا قاله في سماع

به

الخلاف

اشهب لانه يعتق قال فاما ما لا يعتق به فلا يكون احق به لانه لا يرجع
الي حريته ومن هذا المعنى ما في العتبيه وكتاب بن المواز في حر له امراه ثلثها
جزو باقيها رقيق وولدها منه كذلك فاراد المولي بيعها فطلب
الزوج اخذها فذلك له قال لانه فيه شفعة الابن فليباعا عليه
وذكر بن حبيب عن مالك رحمه الله في امه تحت حر له منها اولاد وهي
حامل فبيعت مع ولدها ان الزوج احق بهم ان شا ذلك بما بلغوا وقاله
اصبغ ومثل هذا في العتبية قال بن رشد ولو لم يكن له منها ولد لكان
المشتري اولي قال والحامل مثل ذات الولد قلت هذا والذي
فوقه من مسله الكتابه خارج عن الشفعه كما قلنا وانما يشبه ما وقع
لهم في بعض الاقاويل في الدين وقد قال مالك لا شفعة في الدين وقد
قال ايضا في المجموعه فيمن باع دينا له علي رجل فلا يكون من هو في
دمته احق به بالشفعة وبيعه نافذ الا ان يجري علي ضرر ببيعه من
عدو ونحوه قال بن المواز ولم يقل احد ان في الدين شفعه ولكن
الذي هو عليه احق به للضرر ومثله عن اشهب قال مالك رحمه الله
في روايه بن القسم انه لحسن ان يكون احق به ولا يقضى بذلك وروى
عبد الرزاق عن عمر بن عبد العزيز ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى
قضى بالشفعه في الدين وهو الرجل يكون له الدين علي الرجل فيبيعه
فيكون صاحب الدين احق به زاد في طريق اخر اذا ادى مثل
الذي ادى صاحبه وليس في قول المولف واجارة الارض للزرع
دليل علي خصوصيه هذه الصورة بالخلاف في ثبوت الشفعه فيها
بل ذلك عام في كرا العقار لكن مذهب بن القسم سقوط الشفعة
في الكرا وهو قول المغيره وعبد الملك وقال اشهب ومطرف
واصبغ فيه الشفعه وهو عن بن القسم ايضا والقولان مرويان عن
مالك وهذا الفرع مما يصح اطلاق الشفعه عليه عند من اثبتها بخلاف
ما تقدم من مسله الكتابه واختلف في المساقاة ايضا كما اختلف في

الكرا

الكرا والاقرب في هذه المسايل علي اصول المذهب سقوط الشفعة
فان الضرر اللاحق بسبب المشاركه فيها قاصر عن الضرر اللاحق
في المسايل المتفق علي ثبوت الشفعه فيها وقد ظهر لك من جمع المولف
المسايل الثلاثه في هذا الموضع ونقله قولين في الجميع انه انما يعتبر جمع
الاقوال وحدها دون القايلين الا ترى ان من اثبت الشفعه
في الصورة الاولى لا يثبتها في الباقين ولذلك من اثبتها في الثالثه
قد لا يثبتها في الاولى والثانيه وهكذا يفعل جماعه من المتاخرين
وهو خلاف التحقيق قوله وفي البنا القايم في ارض الحبس والعاريه
علي جواز بيعه قولان يعني ان البنا اذا كان بين شريكين مساغا
ولا ملك لهما في العرصه فباع احد الشريكين فهل للثاني منهما شفعه
علي المشتري في ذلك قولان ومذهب المدونه ثبوت الشفعه
من حيث الجمله وجريان الشفعه في هذا الفرع اقوى منه في الثمار
وهذا كله اذا فرعنا علي جواز البيع في هذه الصورة والا فالجهالة
فيه ظاهرة من حيث ان مالك الارض مقدم علي المشتري وهذه الجهاله
هي التي اشار اليها المولف بقوله ويقدم المعير بالاقل من قيمه النقض
والثمن فان ابى فللشريك بالثمن ومسايل هذا الفصل محتمله لاطول
من هذا الكلام وكتابا الشفعه والقسمه من المدونه متكفلان بذلك
قوله وفي غير المنقسم كالحمام ونحوه قولان بنا علي انها لضرر
الشركه او لضرر القسمه تقدم التنبيه علي استعماله لفظه المنقسم
في قابل القسمه والقولان المذكوران منصوص عليهما وفي المدونه
ما يدل علي كل واحد منهما واما ما ذكره في سبب القولين فمعناه
ان الشفعه في العقار انما شرعت لرفع الضرر لكنه اختلف هل
المراد رفع الضرر الشركه والحمام والماجل والنخله الواحده وشبهها
مشترك فوجب اجرا الشفعه فيه او المراد رفع ضرر القسمه بخصوصيته
لان احد الشركا له طلب الباقين بالقسمه فاذا اشترى اجنبي من

من احدهم خشي الباقون ان يدعوهم المشتري الى القسمة وقد يكون
ذلك مضرا بهم او باحدهم فشرعت الشفعة لدفع هذا الضرر والاول
اولى لانه يثبت الفاهذا المعنى في قابل القسمة من حيث هو هو الا انه لا
يقبلها من اجل كثرة الشركا فلو قل عددهم حتى كانوا اثنين مثلا لامكن
قسمتها لهما وتنازع المذهبان فهم قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة
فيما لم يقسم هل هذا النفي عام في قابل القسمة لقوله في اخر الحديث فاذا
ضربت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولا حدود ولا طرق في الماجل
وشبهه وايضا فان نفي الصفة عن الذات يستدعي قبولها **واجيب**
بان قوله اولا الشفعة فيما لم يقسم محمول على جنس العقار فكانه يقول هذه
الماهية محل للشفعة لا تخرجها عن ذلك الا ضرب الحدود وصرف
الطرق فاذا حصل هذا الوصف خرجت عن ذلك وان كان هذا الوصف
لا يوجد الا في بعض افراد تلك الماهية واما قولهم ان نفي الصفة
عن الماهية ليستلزم قبولها للاتصاف بها فممنوع وسنده قوله تعالى
لا تاخذه سنة ولا نوم وقول يوسف عليه السلام اني تركت ملة
قوم لا يومنون بالله وهم بالاخرة هم كافرون الى غير ذلك **قوله**
وفي المناقل به وهو ان يبيع حصة بحصة او دارا او زيادة ثالثها ان
علم القصد بالمسكن فلا شفعة ورابعها ان ناقل بحصة حصة لبعض
شركايه فلا شفعة • القول بوجوب الشفعة في جميع هذه الصورة
هو ظاهر قول مالك وابن القسم وهو الاصل لكن شرع الشفعة انما
كان لرفع الضرر وفي ايجابها في هذه الصورة احداث ضرر زايد
من الضرر الناشي عن اسقاطها وهو الذي راعاه في القول الثالث
وهو مروي عن مالك ايضا وغيره من المدنيين والقول الرابع
قريب منه وهو مذهب مطرف وابن الماجشون وهو حسن
قوله ولا شفعة فيما عداه من حيوان او عرض وممر ومسيل
ما • تقدم ما نقله بعض المخالفين عن مالك رحمه الله من وجوب

وغير قابلها اي مقصور على ما هو قابل للقسمة صح

الشفعة

الشفعة في الحيوان وكذلك وقفت على بعض تواليف الحنفية
على وجوب الشفعة في السفن لانها تشبه الربع حكاية منهم عن مالك
وكل هذا لا يصح نسبته الى المذهب نعم تجب الشفعة عند اهل
المذهب كما قدمنا في رقيق الحايط ودوابه على ان بعض الشيوخ
خرج في ذلك خلافا من الخلاف في حجر الرحا هل فيها شفعة كما
تقدم واما الممر ومسيل الما فلا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف
في النخلة الواحدة وشبهها وروى ابو بكر بن ابي شيبة عن ابن ابي
مليكة قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة
في كل شي الارض والجارية والخادم • فقال عطا انما الشفعة
في الارض فقال له ابن ابي مليكة تسمعني لا ام لك اقول قال النبي
صلى الله عليه وسلم وتقول مثل هذا قال بعض الشيوخ هذا يصح مرسلا
هكذا ومن قال بالمراسيل فيلزمه ان يقول بمقتضاه **قوله** ويسقط
بصريح اللفظ ومعناه كالمقاسمة والسكوت وهو يبني ويهدم ويغرس •
يريد ويسقط الشفعة اي يعلم ان الشفيع اسقط حقه فيها اما بصريح
اللفظ ولا شك فيه كقوله اسقطت حقي في الشفعة او غير ذلك
من اللفظ الصريح وليس هذا هو المقصود الاهم من كلام المولف هنا وانما
مقصوده ما بعده وهو ما يتنزل منزلة الصريح نعم ان سلم على صفة
ثم تبين خلافها لم يلزمه قال ابن القاسم في المدونة واذا اخبر الشفيع
بالثمن فسلم ثم ظهر ان الثمن دون ذلك فله الاخذ بالشفعة ويحلف
ما سلم الا لكثرة الثمن وعند اشهب لا يمين عليه وهذا الخلاف في
توجيه يمين التهمة قال ابن القسم وان قيل له قد ابتاع فلان نصف
نصيب شريكك فسلم له ثم ظهر انه ابتاع النصيب فله القيام ايضا
في شفعته ولا يلزمه تسليم النصيب الذي سلم قال ابن المواز يلزم الشفيع تسليم
النصف وياخذ النصف الاخر بالشفعة او يسلمه وهو قول اشهب
قال ولو كان حين قيل له ابتاع فلان النصف قال انا اخذ ثم

ام لا اقول لك

على الخلاف

ظهر انه ابتاع الجميع فله اخذ باقيه فان ابى فالمبتاع مخير ان يقول له
رد النصف او خذ الجميع قال ابن القسم فان قيل له ابتاع ابتاعه فلان
فسلم ثم ظهر انه ابتاعه مع اخر فله القيام واخذ حصتهما ولا يلزمه التسليم
للواحد وقال اشهب يلزمه التسليم للذي سلم له ويأخذ حصة الاخر
ثم يكون الحصة التي سلمها اولا بين المشتريين لانهما اشتركا في شرائها
صفقة واحدة ان رضيا بالتمسك بما سلمه ويكتب عهدته عليهما فيما اخذوا
ان شا الزماه اخذ ما سلم او سلم لهما جميع الشرا قال ابن القسم واذا
قال الشفيع بعد الشرا اشهد وا اني اخذت بشفعتي ثم رجع فان
علم الثمن قبل الاخذ لزمه وان لم يعلم به فله ان يرجع وقال اشهب
وان لم يعلم الا بعد اخذه فعلم به فرضي لم يجز وفسخ ذلك ثم تكون
له الشفعة بعد الفسخ قال ابن القسم واذا اسلم الشفيع الشفعة بعد
البيع فلا قيام له علم بالثمن او جهله قال ابن يونس الا ان ياتي من ذلك
ما لا يكون ثمنا لمثله لقلته فلا يلزمه تسليمه **قلت** انما ينظر فيه
فيحتمل ما قاله ويحتمل ان يقال تسليم الشفيع الشفعة قبل سواله عن
الثمن دليل على ارادته الاسقاط على كل حال واحتج هذا الشيخ لصحة
قوله بان ابن القسم قد قال في كتاب ابن المواز في الشفيع يقال له
قد اشترى الشقص بجارية او عرض ولم يوصف فيسلم ثم يظهر
ان الثمن دنانير فلا حجة له الا ان ياتي من ذلك ما لا يكون مثله ثمنا
لما سمي من جارية او عرض لقلته مثل دينار او عشرين درهما فله الاخذ
ولا يلزمه تسليمه وهذا الاحتجاج قد يظهر لولا ان ابن القسم قد
قال في الصحيح او المريض يبيع الشقص محاباة ان بيعه جايز
والمحاباة في ثلث المريض وللشفيع اخذ بالشفعة بذلك الثمن الا
ان يبيعه بما لا يشبه ان يكون ثمنا لقلته فلا تكون فيه شفعة
صحيحا كان او مريضا واما مقاسمة الشفيع للمشتري ما اشتراه فدليل
ظاهر على اسقاط حقه فان قلت فصار المقاسمة ان تتنزل منزلة

البيع

البيع وقد اختلف في بيع الشفيع الشقص الذي يستشفع به هل يكون
ذلك مسقطا لشفعته **قلت** فعله مع المشتري اقوى في الدلالة
على الرضا من فعله مع غير المشتري فلا يلزم من عدم دلالته على الرضا
اذا باع من غير المشتري ان يكون بيعه او مقاسمته للمشتري كذلك
قال بعض الشيوخ ولا خلاف في هذا الوجه ولا في الذي قبله يعني
اذا اسقط الشفيع حقه بالمقاسمة او بتصريح القول واما مقاسمة
الشفيع لغير الشريك ففي المدونة عن مالك رحمه الله من اشترى شقصا
من دار له شفيع غايب فقاسم الشريك ثم جا الشفيع فله نقض القسمة
واخذه اذ لو باعه المشتري كان للشفيع رد بيعه وقاله ابن القسم
واشهب وفي كتاب محمد مثل ذلك وان كانت المقاسمة من السلطان
قال اشهب وانه لياخذ بالقلب ان ليس له رد القسم لانهم قاسموا
من يجوز قسمه وقال سحنون يمضي القسم وللشفيع اخذ ما وقع
للمبتاع في القسمة بالشفعة ومنع بعض الشيوخ من مقاسمة المشتري
اذا كان الشريك غايبا لدخول المشتري على ان للغايب حقا
في الاخذ بالشفعة فكيف يقسم واما سكوت الشفيع عن المشتري وهو
يراه يبني ويهدم ويغرس فاشار بعض الشيوخ الى ان المذهب
اختلف في دلالة ذلك على اسقاط الشفعة ولم يبين صورة الخلاف
فيه وهي والاقرب ان ذلك دليل على الرضى بالاسقاط ولا سيما مع
طول المدة **قوله** وكذلك رؤها ومساومتها ومساقاتها
واستيجارها خلافا لاشهب لما قدم المولف الكلام على الوجوه
التي تسقط الشفعة بالاتفاق فيما يعتقد اتبع ذلك بالوجوه المختلف
فيها وذكر منها الشرا وهو بعيد ولا يتصور فيه اختلاف لانه
اذا اشترى منه فان شفع بالصفقة الاولى فذلك يستلزم فسخ
الثانية مع ابطال الصفقة الاولى ودليل الرضى بها موجود وان شفع
بالصفقة الثانية فقد ابطلها ايضا ولا فايدة في الانتقال من

الشرا الثاني الي السفعة بثمنه ولم اقف علي الخلاف في ذلك سوي ما
حكاه بن شاس واياه تبع المولف واما المساومه فعدها بن القسم دليلا
علي الرضى باسقاط الشفعة ولم يرد ذلك اشهب وهو اصلهما في الرد بالعيب
والخيار وشبههما وينبغي ان ينظر في ذلك الي ما تقتضيه القراين بحسب
الوقايع وللقراين دلالات لا تنضبط الا بعد وقوعها واما عقد المساقاة
والاجارة فان كان لا تنقضي الا بعد تمام الاجل الذي تنقطع فيه الشفعه
وان كان لا يبلغه فذلك محل الخلاف وان كان الكرا العقد بين
المشتري وغير الشفيع فاختلف الشيوخ الاندلسيون هل للشفيع ان
ينقض العقد او لا ينقضه او يفرق بين الاجل القريب والبعيد وعلي
تقدير انه لا ينقضه فالكرا للمشتري والقول بانه لا ينقض عقد الكرا
هو الذي نزل عليه المدونة عندهم والضمير المضاف اليه سرا وما
عطف عليه راجع الي الحصة **قوله** وفي بيع الحصه المستشفع بها
قولان • اختلف قول مالك رحمه الله اذا باع الشفيع الشقص الذي
به له تجب الشفعه وظاهر كلام بن القسم التفرقه بين ان يبيعه وهو غير
عالم فالشفعه له وان باعه عالما فلا شفعه واختار غير واحد سقوط
السفعة قال اشهب وهو احب الي وراي ان الشفعه انما وجبت
للشفيع لرفع الضرر فاذا لم يبق له شرك في العقار فلا ضرر عليه
ولا شفعه له قال بن بشير لا شفعة لحسه له الا ان تبقى له بقيه اخري
لان الشفعه انما تدخل في تضييق الواسع وخراب العامر قال اللخمي واختلف
بعد القول ان السفعة تسقط اذا باع بعض نصيبه هل يسقط من الشفعه
بقدر ما باع قال واري ان يستشفع الجميع لان السفعة تجب بالجزء اليسير
في الجزء الكثير **قوله** وفي ترك القيام مع علمه حاضرا ثالثها تسقط
بعد مضي مدة طويلة قيل سنة وقيل فوقها وقيل فوق ثلاث وقيل فوق
خمس • يعني ان الشفيع والمشتري اذا كانا حاضرين فاختلف المذهب
هل يكون سكوته عن القيام بالشفعه دليلا علي اسقاطها ام لا علي ثلاثة

اقوال

اقوال ان ذلك دليل علي الاسقاط وهو ظاهر ما في كتاب بن شعبان عن
بن وهب والثاني ان ذلك لا يكون دليلا عليه وهو محكي عن مالك والثالث
التفصيل بين الامد اليسير فلا يكون دليلا علي الاسقاط والامد الكثير
فيكون دليلا علي ذلك وهو المشهور والي القول الاول ذهب ابو حنيفه
والشافعي لما روي من حديث بن عمر رضي الله عنهما قال قال النبي
صلى الله عليه وسلم لا شفعة لغايب ولا لصغير ولا لشريك علي شريكه
اذا سبقه بالشرا والسفعة كحل العقال لكنه حديث ضعيف الاسناد
واما القول الثاني فرا انها لا تسقط بطول الزمان اذ لم يصحب
ذلك دليل من الدلايل السابقه كما في ساير الحقوق الماليه والقول
الثالث الي قواعد المذهب فاذا فرعنا عليه فذكر المولف اربعة اقوال اقرب
في الحد الذي يفصل فيه بين الامد القصير والطويل وهو بين التصور
ولا خفا ان اظهر هذه الاقوال انما يتبين عند نزوله ويحسب ما يصحبه
من القراين وما يتجرد عنها ولهذا يظهر ضعف قول اشهب اذا غربت
الشمس من اخر ايام السنة فلا سفعة له وقال اشهب ايضا مالك
السنه قريب وقال بن القسم عنه السنة والسنه قريب وقال
بن ميسر ما قارب السنة داخل في حكمها وقال مالك في المدونة
اذا جاوز السنة بما يعد به تاركا لسفعته فلا سفعة له وقال
ايضا والشفيع علي سفعته حتى يترك او ياتي من طول الزمان ما يعلم
انه تارك لسفعته واذا علم بالاشترا فلم يطلب سفعته سنة فلا يقطع
ذلك سفعته وان كان قد كتب سهادته في الشرا ولم ير مالك السفعة
الاشهر ولا السنة بكثير الا انه اذا تباعد هكذا احلف ما كان وقوفه
تركا لسفعته قال بعض الشيوخ ان لم يكتب الشفيع شهادته وقام
لمثل الشهرين كانت له السفعة دون يمين وان لم يقم الا بعد سبعة
اشهر او تسعة اشهر او سنة فعليه اليمين وان كان اكثر من
ذلك فلا سفعة له يريد علي ما مضى عليه عمل جماعه من اهل المذهب

في الزايد على السنة قال وان كتب شهادته وقام بقرب ذلك لعشرة ايام ونحوها فعليه اليمين بعد وان كان بعد الشهرين فلا شفعة له قال واذا قال لم اعلم بالشفعة فعليه اليمين ولو بعد اربع سنين حاضرا بالبلد قاله ابن عبد الحكم **قوله** والغايب على شفعته ما لم يصرح فاذا اقدم فكالحاضر من حين قدومه • يعني ان غيبة الشفيع عذر له في ترك الاخذ بالشفعة فلا يعد بسبب ذلك مسقطا لشفعته وسوا علم بالشرا او لم يعلم ومن اهل المذهب من احتج لهذا الحكم بما اخرجه الترمذي من حديث جابر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الجار احق بشفعته ينتظر به ان كان غايبا اذا كان طريقهما واحدًا وهذا ظاهر لكن الاحتجاج به لا ياتي ممن لا يرى الشفعة للجار ثم ان المولف لم يجعل شيا من الوجوه التي يسقط الشفعة بها في حق الحاضر مسقطا في حق الغايب سوى الوجه الاول منها وهو التصريح بالاسقاط بخلاف ما في معنى التصريح اذ لا تتاتا المقاسمة مع غيبة المشتري وكذلك بقيتها ولذلك قال ما لم يصرح واما قوله فاذا اقدم الى اخره فظاهر التصور وكذلك ظاهر قول اهل المذهب ولو قيل بانه اذا اقدم لا يكون حكمه حينيذ كحكم الحاضر من حين قدومه الا اذا لم يتقدم له علم واما اذا كان في حال غيبته عالما فلا يوسع له في الاجل كان له وجه وقال ابن عبد البر عن قوم لم يسمهم انه لا يكون الغايب على شفعته اذا اقدم الا بشرط ان يشهد انه على شفعته متى قدم وعن اخرين لم يسمهم انه لا يشترط ذلك قال اشهب والغايب الذي تكون غيبته قريبة لا مونة عليه في الشخوص فطال زمانه بعد وجوب الشفعة فلا شفعة له وهو كالحاضر قال غيره في المجموعة وليس المراة الضعيفة ومن لا يستطيع النهوض في ذلك مثل غيرهم وانما فيه اجتهاد السلطان قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون والمريض الحاضر والصغير والبكر كالغايب ولهم بعد زوال ذلك العذر ما للحاضر سوا كان الغايب والمريض عالما بشفعته او جاهلا وقال

لعذر الحاضر

اصبغ

الخامس

اصبغ المريض كالصحيح الا ان يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة انه على شفعته وانه ترك التوكيل عجزًا والا فلا شي له بعد ذلك واختار ابن حبيب قول مطرف وابن الماجشون **قوله** فان علم فغاب فكالحاضر يعني انه لما سافر اختيارا بعد علمه بالشرا فلا يعذر كما يعذر الغايب في المسلة السابقة وظاهر كلامه التسوية بين ان يعوقه عايق في سفره او لا لكن في المدونة عن مالك رحمه الله من اشترى دارا وشفيعها حاضر ثم سافر الشفيع بحدثان الشرا فاقام سنين كثيرة ثم قدم فطلب الشفعة فللحاضر تجاوزه فلا شفعة له وان كان سفرا يؤوب منه قبل ذلك فعاقه امر يعذر به فتخلف فهو على شفعته ويحلف بالله ما كان تاركا لشفعته اشهد عند خروجه انه على شفعته او لا **قوله** وولي المحجور عليهم كالشفيع فان لم يكن فكالغايب • يعني ان حكم ولي المحجور ابا كان او وصيا او مقدما من قبل القاضي حكم الشفيع نفسه في الاخذ او الرد او السكوت وهذا كالمتفق عليه في المذهب الا ان لبعض الشيوخ حكى خلافا في سقوط شفعة المولى عليه بسكوت الوصي عنها فاذا اخذ الوصي للمحجور عليه بالشفعة لزمه وان اسقطها لزمه ايضا الا ان يثبت المحجور بعد رشده ان الاخذ لم يكن من حسن النظر او ان الترك محاباة من الوصي للمشتري فله نقض ذلك وقال مالك في كتاب محمد اذا علم ان الوصي انه ضيع في ذلك وفرط وان امره فيه كان على غير حسن النظر ومضى للبيع خمس سنين فلا شفعة له وجعل اخذ الشفعة بمنزلة الشرا ابتداءً كما لو بذل رجل للمحجور سلعة بثمن بخس فلم يشترها له وليه لم يلزم الوصي بسبب ذلك شي لان تنمية مال المحجور ليست بواجبة على الوصي فاذا لم يكن له ولي لصغره ويتمه ولا وصي له ولا مقدم فحكمه حكم الغايب وهو على شفعته حتى يرشد ويمضي له من الزمان بعد ذلك ما تنقطع الشفعة به في حق الغايب اذا اقدم وهذا هو معنى قول

الحاضر

فان كان سفرا يعلم انه لا يؤوب منه الا بعد اجل تنقطع فيه الشفعة

المولف فان لم يكن فكالغايب **قوله** وله مطالبته بالاخذ والاسقاط
بعد الشرا لا قبله• الضمير المجرور باللام راجع الى المشتري والضمير المجرور
بعده بالاضافه راجع الى الشفيع اي وللمشتري مطالبة الشفيع بان
ياخذ بالشفعه او يدعها و يسقط حقه فيها وذلك مشروط بان تكون
هذه المطالبه بعد الشرا فاما قبل الشرا فلا يكون له ذلك عليه وانما
كان له ان يطالبه بذلك في المحل الذي تكون له المطالبه فيه لان
من حق المشتري ان يتصرف في كل ما اشتراه بكل وجه له ان يتصرف
فيه كالبنا والغرس وغير ذلك ولكنه يخشا من معارضة الشفيع له
فيه فلهذا كان له مطالبة الشفيع بما قلنا ولا خلاف في وجوب ذلك
له بعد الشرا وهل له ذلك قبل الشرا لا اعلم في ذلك خلافا في المذهب
انه لا يكون له الا ما اختاره بعض الشيوخ وذلك انه ذكر الحديث
الذي خرجه مسلم عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم الشفعه في كل شرك في ارض او ربع او حايط لا يصلح
ان يبيع حتى يعرض على شريكه فياخذ او يدع فان ابى فشريكه احق
به حتى يوذنه قال هذا الشيخ فجعل الشفعه قبل البيع ثم قال وبهذا
اخذ **قلت** الذي يقتضيه هذا الحديث ان المخاطب اولا هو الشريك
الذي يريد البيع فانه لا يبيع حتى يعرض على شريكه فياخذ او يدع ولا
شك انه ان اخذ في تلك الحال لم يكن هذا الاخذ شفعة ولا شك
ايضا ان ظاهر الحديث انه ان رد في هذه الحال لزمه الرد والمنصوص
في المذهب انه لا يلزمه وخرج هذا الشيخ قولا باللزوم من الطلاق
قبل النكاح والعتق قبل الملك ويظهر بادي الراي صحة تخريجه وان
كان القاضي بن رشد حاول الفرق بينهما وليس عندي بالقوي فتركته
لذلك وانظر في اسولته وقد اتينا بالكلام على هذا الفرع لتعلقه بكلام
المولف وان كان الاليق به بعد هذا **قوله** وفي امهاله ثلاثة ايام
قولان• يعني ان المشتري اذا اوقف الشفيع على الاخذ بالشفعه او الرد

فطلب

فطلب الشفيع ان يمهل فهل له ذلك ام لا قولان القول الاول لمالك في كتاب
بن عبد الحكم ان الامام يوخره اليومين والثلاثه ليستشير وينظر والقول الثاني
وهو المشهور انه لا يوخره ويقال له خذ الان او دع وهو نص مالك في كتاب
بن المواز ومثله لاشهب في المجموعه وهو ظاهر المدونه واختار بعض الشيوخ
التفرقه بين ان يكون وقفه باثر الشرا او يكون بعد طول من يوم الشرا
فيمهل الاول ولا يمهل الثاني وقد علمت ان نفي الاخص لا يستلزم نفي الاعم
وبسبب ذلك لا تفهم حقيقة القول الثاني من كلام المولف كيف هي لانه
اذا كان لا يمهل ثلاثة ايام فلا يلزم ان يمهل يومين او يوما قال بن المواز
وهذا كله اذا اوقفه الحاكم واما اذا اوقفه غير السلطان فهو على شفعته
حتى يوقفه السلطان او يترك فلو كان المالك غايبا فطلب الشفيع التاخير
حتى ينظر اليه فقال مالك رضي الله عنه ليس ذلك اليه وان كانت قريبه
كالساعه اخر حتى ينظر اليه فلو اخذ بالشفعه وطلب التاخير بالثمن
فاستحسن مالك ما تفعله القضاة تاخير الشفيع بالثمن اليوم واليومين
وعن بن الماجشون انه يوخر عشرة ايام وشبهها وعن اصبغ يوخر
بقدر قلة المال وكثرته وبقدر عسره ويسره قال واقصى ذلك شهر
قال ولا ادري ما وراء ذلك قال بن المواز فاذا اخره السلطان
بالثمن اليومين والثلاثه فلم ياتي به الى ذلك الاجل فالمشتري احق
بها وقال عن اشهب وهو لابن القسم في العتبيه اذا طلب التاخير
بعد الاخذ فيوخر ثم يرد وله ويابى المشتري ان يقبله فالاخذ قد لزم
الشفيع وان لم يكن له مال بيع حظه الذي استشفع منه وحظه
الاول حتى يتم للمشتري جميع حقه ولا يقال الان يرضى المشتري ان
يقبله ولنقتصر على هذا القدر ولابن رشد على المسله كلام تركناه
مع حسنه لبعده من كلام المولف **قوله** ولو اسقط بعوض جاز
يعني وحيث يكون للشفيع القيام بشفعته فله ان ياخذ من
المشتري مالا ويترك القيام عليه بشفعته لانه حق مالي فوجب

ان تصح المعاوضة عنه ولا يجوز له ان يهبها لاجنبي غير المشتري لان في ذلك
احداث ضرر على المشتري باخراج ملكه عن يده بغير اختياره لغير من
اذن له الشرع في ذلك وهو الشفيع واذا امتنعت الهبة هنا فاحرى
المعاوضة قوله ولو اسقط قبله لم يلزم ولو بعوض • الضمير المخفوض
بالظرف عايد الى البيع وقد تقدم الكلام على هذا الفرع ولو الاولى
هي التي يقال لها حرف امتناع وجوابها قوله لم يلزمه ولو الثانية
هي التي بمعنى ان المكسورة وهي تاتي في الكلام بمعنى الغاية تقول
لا تخف احدا من اهل هذا البلد ولو كان الملك ولا تحقرن احدا ولو
كان مسكينا او عبدا وعلى هذا التقدير فقول المولف ولو بعوض
يشير الى ان عدم سقوط الشفعة قبل الشرا عن غير عوض اخف
منه اذا كان عن عوض فاذا كان عن عوض كان اقوى في اللزوم
فاشار المولف الى انه لا يلزم هذا الاسقاط في حالتي الضعف
والقوة وهو ظاهر من هذا الوجه لكن قد يقال انه اذا كان
عن عوض كان اضعف لان المعاوضة عن ذلك قبل الشرا لا تجوز
وما لا تجوز المعاوضة عنه يجب فسخه اذا وقعت المعاوضة
فيه ولا يلزم من كونه لا تجوز المعاوضة عنه ان لا تجوز هبته
وتركه عن غير عوض وهذا الموضع قابل للبحث قوله الاخذ
هذا اول الكلام على الركن الثاني من اركان كتاب
الشفعة وهو قوله الشريك والمحبس ان كانت ترجع اليه والا
فلا • ومرفوع كانت ضمير يعود الى الحصة اي ان كانت الحصة
المحبسة مما ترجع الى المحبس وانما ترجع اليه في الحبس الذي
هو بمعنى العمري على ما يتبين في محله ودل قوله والا فلا انها
لا تكون للجار وهو قول الشافعي واحمد واهل الحجاز وروي
عن عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وغيرهم وقال ابو حنيفة
والثوري وغيرهما ان الشفعة تجب للجار وروي ان عمر كتب

الجار

الى شريح ان اقض بالشفعة للجار فكان يفعل وقد تقدم حديث ابي هريرة في
الصحيح قال قال النبي عليه السلام الشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وهذا حجة الاولين وحجة الحنفية
ومن وافقه ما في الصحيح ايضا عن ابي رافع قال سمعت النبي صلى الله
عليه وسلم يقول الجار احق بصقبه ولكل فريق زيادة ترجيح واجوبة عن
ما قال الاخر وذلك في علم الخلاف قوله الا ان يريد المحبس او المحبس
عليه الحاقها بالحبس فقولان • لما قدم الكلام ان المحبس لا يشفع الا بشرط
ان ترجع الحصة اليه ودل كلامه انها اذا كانت لا ترجع اليه انه لا شفعة له
بقوله والا فلا استثنى من ذلك ما اذا كانت الحصة لا ترجع الى المحبس واراد
المحبس او المحبس عليه الحاق تلك الحصة بالتحبيس وذكر في ذلك قولين
احدهما ان ذلك لهما والثاني انه لا يكون لهما والقول الاول هو مذهب
المدونة الا انه لم يذكر في حق المحبس عليه وانما ذكره في حق المحبس
قال مالك رحمه الله في اخر كتاب الشفعة في دار بين رجلين حبس
احدهما نصيبه على رجل وولده فباع شريكه في الدار نصيبه فليس للذي
حبس ولا للمحبس عليهم اخذ بالشفعة الا ان ياخذ المحبس فيجعله في مثل
ما جعل نصيبه الاول وزاد بعض المختصرين لهذا الموضع من المدونة
فذكرها وان اراد المحبس عليهم اخذ فليس لهم ذلك لانهم لا اصل
لهم قال ومثله في سماع ابن القسم وقال ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجشون واصبغ ان اراد المحبس عليهم الحاقه بالحبس فلهم اخذه
بالشفعة لان المحبس هو الشريك وحكى اللخمي قولا اخر بان ذلك لا يكون
للمحبس ولو اراد الحاقه بالحبس واستحسنه فعلى هذا التقدير يكون في
المسلة ثلاثة اقوال تفصيل في الثالث وهو مذهب المدونة بين
المحبس والمحبس عليهم والاصل ان الحبس يزيل الملك فلا ينبغي ان يكون
في ذلك شفعة لا للمحبس ولا للمحبس عليهم وقال بعض الشيوخ فعلى
هذا لو اراد اجنبي ان ياخذ بالشفعة للمحبس لكان له ذلك واختلف

الشيوخ في صاحب المواريث هل ياخذ لبيت المال بالشفعة فمنع من ذلك
بن زرب وقال عن غيره من فقهايهم ياخذ لبيت المال بالشفعة وراي
بن زرب ان ذلك خطا واعترض كلام بن زرب بما نص عليه سحنون
في المؤيد بقتل وقد وجبت له الشفعة ان للسلطان ان ياخذ لبيت
المال او يترك فاجاب بن رشد عن هذا بانه انما كان ذلك للسلطان
لعموم نظره للمسلمين واما صاحب المواريث فان ذلك لم يجعل بيده
ولو جعل بيده لكان له ذلك **قوله** وللناظر اخذ شقص باعه لطفل
اخر او لنفسه • يعني ان الناظر للمحجورين اذا باع لاحدهما شقصا من
عقار جاز لذلك الناظر ان ياخذ بالشفعة للمحجور الثاني وكذلك
لو كان الناظر هو الشريك للمحجور جاز له ان ياخذ بالشفعة لنفسه وقد
تقدم ان الوصي لا يبيع عقار المحجور الا لموجب من الموجبات التي ذكرها
الفقهاء هناك بخلاف الاب فانه يجوز له البيع ولا يلزمه ان يذكر
موجبا من تلك الموجبات فلا بد من الالتفات الى ذلك الاصل
في هذا الموضع ويضم اليه ان يكون هذا العقار الخاص في مسلة المولف
نقص مما لا تختلف ثمنه بالكثرة والقلة اذا بيع على التشقيص واما لو
كان هو الغالب على العقار اذا بيع جميع الدار مثلا كان ذلك
اوفر لنصيب من اريد البيع بسببه فينبغي ان يباع الجميع لان المذهب
في المشترك اذا كان يتعذر قسمته ودعا بعض الشركا الى البيع
جميعه فالقول قول من دعا الى ذلك **قوله** وعلق بتسليم الثمن
او بلا شهاد او بالقضا • يعني ان الشفعة يملكها الشفيع باحد هذه
الوجوه الثلاثة ومراده بالاشهاد ان يحضر المشتري والا فلا معنى
له وقد تقدم ما نقلناه من كلام بن المواز ومن العتبية على قول المولف
وفي امهاله ثلاثة ايام قولان وذلك الكلام مما يصلح ان تفسر به هذا
الموضع وقال بن رشد اذا وقف الامام الشفيع فلا يخلو من ثلاثة
اوجه احدها ان يقول الشفيع قد اخذت ويقول المشتري قد سلمت

فيوجله

لا يباع عقار اليتيم الا لوجه من ستة اوجه [illegible]

فيوجله الامام في دفع المال فلا ياتي به فليس لاحدهما ان يرجع عن
ما التزمه والحكم على الشفيع بما قدمناه عن العتبية قال والوجه
الثاني ان يوقفه الامام فيقول قد اخذت ويسلمت المشتري ويوجله
في الثمن فلا ياتي به فهذا ان طلب المشتري ان يباع له في الثمن ملك المشتري
فذلك له وان احب اخذ شقصه كان ذلك له ولا خيار للشفيع
على المشتري على ما في المدونة والثالث ان يقول الشفيع انا اخذ
ولا يقول قد اخذت فيوجله الامام في الثمن فاختلف فيه اذا لم
يات بالثمن فقيل يرجع الشقص الى المشتري الا ان يتفقا على امضايه
للشفيع وقيل ان اراد المشتري ان يلزم الشفيع الاخذ كان له ذلك
وان اراد الشفيع ان يرد الشقص لم يكن له ذلك قال وهذا قول
بن القسم واشهب والاول اوضح **قوله** ويلزم ان علم الثمن
والا فلا • يعني ان الشفيع اذا اخذ بالشفعة بعد علمه بالثمن لزمه الاخذ
والا لم يلزمه وهو ظاهر لان له حجة في اخذه قبل العلم وعذرا في الرجوع
عن ما اخذه لانه يقول ظننت ان الثمن اقل من هذا وقد قدمنا مثل
هذا عن بن القسم في المدونة وظاهر كلام المولف هذا وهو ظاهر كلام بن
القسم في المدونة ايضا لا يشترط في جواز اخذه بالشفعة علمه بالثمن
واشترط ذلك اشهب وكنا قدمنا هذا القول ايضا **قوله**
وهي على انصبايهم وخرج على عدد هم من المعتقين وحصصهم متفاوتة
يعني ان الشفعا اذا تعددوا واتفقت انصباوهم تحاصصوا في
الحصة المشتراه على السوا ولا خلاف في ذلك كما لو كانت الدار بين
ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف
تحاص صاحبا الثلث والسدس في ذلك النصف المشتري اثلاثا هذا
هو المنصوص في المذهب وهو اشهر قولي الشافعي وخرج اللخمي قولا بالمحاصة
على السوا كالقول الى حنيفة وذلك من تقويم العبد الذي اعتق الشركاء
نصيبهما فيه كما لو كان عبد بين ثلاثة على التجزية التي ذكرناها في الدار

فاعتق صاحبا النصف والثلث وهما مليان فلا شك ان لصاحب السدس
التقويم عليهما والمشهور انه يقوم عليهما احماسا لان لصاحب النصف ثلاثه
من ستة ولصاحب الثلث اثنان وقال بن الماجشون يقوم عليهما بالسوا
وهذا الحرج صحيح ونتحاول غيره في ذلك تفرقة ضعيفة تركناها لذلك
هذا هو مراد المولف بقوله وخرج على عددهم وحصصهم متفاوتة فالواو
من قوله وحصصهم واو الحال وخرج غيره الخلاف من احد القولين
في اجر قسام القاضي انها على عدد الروس وهو مذهب المدونة وتخرج
اللخمي انسب وقول ابي حنيفة اقرب عندي لان الشفعة معللة باصل
الملك الاترى انه لو انفرد من له اقل نصيب لكان له اخذ جميع الحصة
المشتراة ولهذا المعنى قال اللخمي لو كانت الشفعة فيما لا ينقسم على القول
بذلك في الوحا وشبهه لكانت على عدد الروس على القولين معا هذا معنى
كلامه **قوله** فاذا اتحدت الصفقة واسقط بعضهم او غاب فليس
الا اخذ الجميع• يريد اذا انعقد البيع صفقة واحدة في دار او دور ومن
لتلك الحصة شفعا اسقط بعضهم شفعته او غاب فان الشفيع
ليس له الا ان ياخذ الجميع او يدع الجميع اذا نازعه في ذلك المشتري
وكذلك لو اراد المشتري ان يسلم للشفيع الباقي قدر نصيبه
ويتمسك بنصيب من اسقط او غاب وخالفه الشفيع واراد اخذ
جميع الحصة المشتراه فالقول قول الشفيع وبالجملة ان من دعا منهما
الي تبعيض الصفقة كان قول الاخر مقدما عليه لان الشفعة تابعة
في هذه المسلة للبيع والبيع وقع صفقة واحدة الا ان يتفقا على امر فيجوز
وقال بن حبيب عن اصبغ اذا كان تسليم احد الشفعا للمشتري على
وجه الهبة او الصدقة عليه فليس لمن اراد الاخذ الا بقدر سهمه
وللمبتاع سهم من سلم وان كان على ترك الشفعة وكراهة الاخذ
فللمتمسك اخذ جميعها وفي مختصر الوقار ليس لمن لم يحجوا الا مصابته
خاصة ومال اللخمي الي هذا القول واستبعد بن رشد قول اصبغ واما

المآجل

غيبة

غيبه لبعض الشفعا فلا اعلم فيه خلافا وان الحكم على ما قاله المولف **قوله**
ولو تعدد البايع وتعددت الحصص في اماكن مختلفة في صفقة واحدة والشفيع
واحد فكذلك• يعني اذا اتحد المشتري او تعدد ولكن اشتروا انما اشتروا
من بايعين فاكثر واتحد المبيع او تعددت وذلك كله في صفقة واحدة فالحكم
في ذلك مساو لحكم المسلة السابقة ان اراد الشفيع اخذ الجميع فلا كلام
لبايعين ولا للمشتري وان اراد الشفيع اخذ بعض الانصبا ومنعه المشترا عون
فالقول قولهم الا ان يتفق جميعهم مع المشتري على شي وهذا ذلك ما قررنا
هذا نقل اكثر الشيوخ عن المذهب وحكى ابو عمر بن عبد البر عن اشهب
ان للشفيع ان ياخذ نصيب اي البايعين شا وهذا الخلاف حكاه هو
وغيره في تعدد المشترين مع اتحاد البايع والشفيع والصفقة وقال
الشفيع ان اخذ من احدهما فجرى بن القسم على اصله انه ليس للشفيع الا
ان ياخذ الجميع او يدع الجميع وقال اشهب وسحنون له ذلك ابن المواز
ورجع بن القسم عنه بعد ان قال به وهو اختيار اللخمي والتونسي وهو
الاقرب اذ لا ضرر على المشتري الذي اخذت من يده حصته في ذلك
سوى ضرر الشفعة من يده ولم تتبعض عليه صفقة وهذا الفرع هو مراد
المولف بقوله وان تعددت هي والمشترون فله الشفعة من احدهم ثم
رجع بن القسم فيكون ضمير المونث في قوله تعددت راجعا الي الحصص
لا الي الصفقة فان قلت فكيف تقع المغايرة بين هذا الفرع وبين الذي
ذكره المولف فوق هذا لان ذلك ايضا تعددت فيه الحصص واتحدت
الصفقة قلت لكن تعدد في هذا المشتري واتحد في الذي فوقه وهذا
هو الموجب لمخالفة الاكثرين فيه واضطراب قول بن القسم **قوله**
والشريك الاخص اولى على المشهور فان اسقط فالاعم كالجدتين والاختين
والزوجتين ثم بقية الورثة ثم الاجانب• يريد اذا تعدد الشركا
واختلفت الوجوه التي بها وقعت الشركة بينهم بحيث تكون تلك
الوجوه اخص من بعض كما لو اشترك اثنان في دار استوياها ثم مات

احدهما وخلف ورثه هم الدين ذكرهم المولف لجدتين واختين وزوجتين
اوتكون جدتان وعصبة او اختان وعصبه او زوجتان وعصبه ثم
باعت احدي الزوجتين فاختلف المدهب علي قولين احدهما وهو المشهور
انه تقدم الزوجة الباقيه وهي الشريك الاخص في هذا المثال فان سلمت
انتقل الحق الي الاعم بالنسبه اليها لا الي الاعم مطلقا فتكون بقيه الورثه
اولي بالشفعه من الشريك الاجنبي فان سلم بقيه الورثة انتقل الحق الي
من هو اعم منه وهو الشريك الاجنبي الذي تولي التراضي الميت والشاذ
ان الشركا كلهم سوا ولا ترجيح للاخص علي الاعم وهو ظاهر ما قال ابن
دينار وظاهر ما في المواريث وحكاه ابن القصار عن القصار عن مالك
وكانت النفس اميل الي الشاذ لان الموجب للشفعه هو الشركة لا شركة
مقيده **قوله** ويدخل الاخص علي الاعم • لما قدم ان الشريك الاخص
اولي من غيره وانه اذا باع احد الاخصين فلا دخول للاعم الا بعد اسقاط
الاخص الباقي حقه في الشفعه وكان معني ذلك انه لا يدخل الاعم علي
الاخص بين هنا ان للاخص مزيه اخري علي الاعم وهو انه اذا باع
احد الاعمين مثلا لم يختص بالشفعه الشريك الاعم بل يدخل مع الشريك
الاخص فيتحاصان علي قدر نصيبهما فالفرق بين المزيتين ان المزيه
الاولي اوجبت امتياز الاخص ورجحانه علي الاعم والمزيه الثانيه
اوجبت دخول الاخص علي الاعم ومشاركته فان قلت هلا اكتفي
المولف بذكر المزيه الاولي عن ذكر الثانيه لانه اذا كان ذكر
الشريك الاخص اولي من الشريك الاعم فلو لم يكن الشريك الاخص
يدخل علي الشريك الاعم لكان لا يدخل علي هذا التقدير الاخص يدخل
علي هذا التقدير الاعم ولا الاعم علي الاخص وذلك يوجب تساوي اهل
كل منزله وهو مبطل لتلك الاولويه **قلت** يحتمل ان يقال انما ذكر
هذه المزيه لانه لو سكت عنها لاعتقد من وقف علي كلامه ان الاخص
يكون اولي مما باعه احد الاعمين كما يكون اولي مما باعه الاخص

فبين

صوابه لدرايته
مطلق

فبين المولف ان هذه المزيه لا تنهض الي هذا القدر وانما توجب الدخول
مع الاعم والشركة خاصة لا التقدم عليه **قوله** وفي دخول ذوي
السهام علي العصبة قولان • يعني ان المدهب اختلف علي قولين هل ذوي
السهام فيما بينهم وبين العصبة كالشريك الاخص مع الشريك الاعم
فيدخل ذووا السهام علي العصبة ولا تدخل العصبة علي ذوي السهام
وهذا هو مذهب المدونة واختاره ابن عبد الحكم واصبغ وقال اشهب
ان بقيه العصبة احق كاهل سهم وهذا هو القول الثاني وهو الصواب
عندي ولا يختلف ان العصبة لا يدخلون علي ذوي السهام لانه اذا لم يدخل
ذوا سهم علي ما اهل سهم اخر فاحري ان لا يدخل العصبة علي ذوي
السهام واختلف المدهب في الاخت الشقيقه مع الاختين للاب
تبيع احداهما حظها فقال ابن القسم تدخل الشقيقه علي التي للاب
وقال اشهب لا تدخل عليها ولو باعت الشقيقه لكانت اللتان
للاب اولي من العصبة وهذا يرجح قول اشهب قال ابن المواز عن
اشهب لو اشتري ثلاثه دارا وورثوها فباع احدهم نصيبه
من نفرين وسلم الشريكان ثم باع احد النفرين المشتريين حصته
فبقيه النفر اشفع من شريكي البايع ولو باع احد شريكي البايع في الشفعه
شريكه الذي لم يبع وسائر النفر الذين اشتروا الثلث الاول
فيصير لهم النصف ولشريكهم الذي لم يبع النصف قال وخالفه
ابن القسم في هذا وقال لا يكون الذين اشتروا الثلث الاول
اشفع فيما باع بعضهم من شركا بايعهم بل هم كبايعهم يقومون
مقامه اذا باع احدهم كانت الشفعه لمن بقي منهم علي الحصص بخلاف
ورثة البايع الوارث او ورثة المشتريين قال اصبغ وهذا من
الحق ان شا الله **قوله** والموصي له مع الورثة كالعصبة مع ذوي
السهام • يعني انه لا يدخل الموصي له علي الورثة ويختلف هل يدخل الورثه
علي الموصي له والنقل كذلك الا ان ابن المواز سلم ان ذوي السهام

ان

يدخلون على العصبة ومنع دخولهم على الموصى له ورأى ان الجزء الذي
اوصى به الميت كالجزء الذي يجب لذي السهم بالميراث واذا اوصى
الميت ان يباع نصيب من داره من رجل بعينه والثلث يحمله لم
يكن للورثة عليه شفعة لئلا يبطل ما قصد الميت من تمليك الموصى له
ذلك الجزء ولو كان شريك الميت اجنبيا لوجب له فيه الشفعة واما
ان اوصى ان يباع نصيب من داره ليصرف ثمنه في المساكين فقال
سحنون هو كذلك ولا شفعة للورثة وخالفه الباجي واللخمي في ذلك قال
الباجي وبلغني عن ابن المواز يعني ان للورثة الشفعة وفروع هذا الفصل
كثيرة والذي ذكر المولف منها هو جل ما يعتمد عليه منها فلنقتصر
عليه **وقوله** الماخوذ منه من تجدد ملكه اللازم اختيارا او
معاوضة ففي الصدقة والهبة لغير ثواب قولان • يعني ان الذي
يلزمه تسليم الشقص هو من اجتمعت فيه قيود اولها تجدد ملكه
بالنسبة الى الشفيع فانه لو اشترى رجلان معا دارا فلا شفعة لاحدهما
على صاحبه لان الشفيع منهما لم يسبق ملكه على ملك الاخر حتى يصدق
على ذلك الاخر انه تجدد ملكه وايضا لو وجبت الشفعة لاحدهما
لوجبت للاخر وحينئذ يلزم من وجوبها لهما عدم وجوبها لهما
وكلما ادى ثبوته الى نفيه فهو منتف القيد الثاني قوله اللازم احترازا
من ان يكون غير لازم كبيع الخيار وسياتي ما ذكره المولف مبينا
القيد الثالث قوله اختيارا احترازا من الميراث فانه تجدد ملكه
لازم ولكن لا على سبيل الاختيار والمشهور من المذهب انه لا شفعة
في انتقال الملك بسبب الميراث وروي عن مالك انه يشفع
على الوارث لتجدد ملكه وهو بعيد واما قول المولف وقيل معاوضة
فاشارة منه الى الاكتفاء بما تقدم من القيود وان هذا القيد الرابع
وهو كون التجدد عن المعاوضة ليس بمختار عنده وان كان هو المشهور
من المذهب ولفظ المعاوضة احسن من لفظ الشرا ليدخل في ذلك

الكرا

الكرا وهبة الثواب وغير ذلك على ما سياتي ثم قال المولف على طريق
اكمال الفاين ففي الصدقة والهبة لغير ثواب قولان وهذا كالحاصل
مما قدمه في القيد الرابع وهذان القولان للملك وسقوط الشفعة
في الصدقة والهبة لغير الثواب هو مذهب المدونة فاذا فرعنا عليه
فان اثاب الموهوب له على هذه الهبة فلا شفعة فيها لان هذا ليس
بعوض حقيقة الا ان يقوم دليل على انهما عملا عليه اولا فلو اراد الشريك
ان يحلف الموهوب له انهما لم يسرا بيعا لم يحلف الا ان يكون ممن
يتهم مثل ما قال مالك ان يكون محتاجا وهب لغني فيحلف الموهوب
له وان كانت على صغير احلف ابوه **وقوله** ولا شفعة في ميراث
ولا في خيار الا بعد امضايه • قد تقدم الكلام على الميراث ولا فرق
على المذهب في الخيار بين ان يكون للبايع او المشتري او اجنبي وخالفه
جماعة اذا كان الخيار لغير البايع **وقوله** فلو باع نصفين لاثنين
خيارا او بتلا ثم امضى ففي تعيين الشفيع قولان بناء على ان البيع من
العقد او من الامضاء • يريد لو كانت لرجل دار فباع نصفها من
رجل بيع خيار ثم باع النصف الثاني من اخر بيع بت ثم امضى من
له الخيار البيع فقيل الشفعة تجب لمشتري الخيار على مشتري البتل
لانه اذا امضى الان بيع الخيار فكانه لم يزل ماضيا من يوم ابتدايه
وهذا هو مراد المولف بقوله ان البيع من يوم العقد وقيل ان الشفعة
تجب لمشتري البتل على مشتري الخيار وهذا بناء على ان بيع الخيار
انما يعد معقودا من يوم امضي وهذه قاعدة مضطرب فيها في المذهب
وقوله وعليه وعلى الخلاف في بيع الحصة المستشفع بها اذا باع
حصته بالخيار ثم باع شريكه حصته لاخر بتلا ثم امضى جاءت
اربعة • يريد فاذا فرعنا على الخلاف في الفرع السابق وهو متى
يعد بيع الخيار ماضيا اذا امضي وضممنا الى ذلك الخلاف في بيع
الحصة المستشفع بها هل يمنع من الشفعة ام لا فاذا كانت دار

لرجلين باع احدهما نصيبه منها بالخيار ثم باع الاخر نصيبه بتلا ثم اجاز
من له الخيار فان قلنا بان بيع الخيار اذا امضي فكانه ماض يوم وقع وان
من باع الشقص الذي يجب له به الشفعة علي المشتري لا تمنعه ذلك من الشفعة
فانه تكون لبايع الشفعة لبايع البتل علي مبتاع الخيار وهو ظاهر وذلك
ان مبتاع الخيار لعدّ ماضيا متجردا حين كان بايع البتل مالك لنصيبه
فلم يبق الا ان يقال بايع البت قد اخرج من ملكه ما كان يستوجب
به الشفعة وقد فرضنا ان هذا القدر ليس بمانع وهذا هو مراد المولف
بقوله ماض اولاً اي ماض حين وقع ويشفع من بايع شقصه الذي
يستشفع به ومعنى قوله مقابله لمشتري البتل اي مقابل القول في
الاصلين الذي بنا عليهما القول الاول ان لا يعد ماضيا الا حين
الامضا وهو قبل ذلك منحل ومن باع شقصه الذي يستشفع به بعد
بيع شريكه فقد سقط حقه في الشفعة وهذا هو مراد المولف بقوله
مقابله فيلزم عنه ان تكون الشفعة لمشتري البتل لانه كان مالكا
حين تجدد ملك المشتري الخيار ولم يزل ملكه مستمرا الي الآن
وهذا الكلام هنا من المولف صحيح الا انه زاد في الاصل الذي بنا عليه
هذا القول زيادة مستغنى عنها وهي انه فرض ان بيع الحصة المستشفع
بها يضر في طلب الشفعة وهذا لا احتياج اليه في هذا القول الثاني
وانما يحتاج الي كون بيع الخيار منحلا ولا يعد منعقدا الا يوم امضي
فتامله **وقوله** الثالث لمشتري الخيار • القول الثالث وهو
مبني علي الاحتمال الثالث وذلك الاحتمال هو ان نفرض ان بيع الخيار
منعقد يوم ابتدي وان من باع الحصة التي يستشفع بها اسقط
حقه فيلزم قطعا ان تكون الشفعة لمشتري الخيار وذلك ان
مشتري الخيار حصل له الملك علي هذا التقرير يوم اشتري ولا شفعة
لبايع البتل عليه لزوال ملكه الذي يشفع به من يده فقد تجدد ملك
مشتري البتل حال ما فرض كون مشتري الخيار مالكه **وقوله**

[هامش: ... ويشفع]

الرابع

الرابع لبايع الخيار • وهذا القول مقابل للقول الذي قبله فانه مبني علي
مقابلته في الاصلين معا اما اولا فلانا نعد بيع الخيار منحلا وان من باع
الحصة التي يستشفع بها لا تمنعه ذلك من الشفعة فيلزم ان تكون الشفعة
لبايع الخيار لان ملكه صحيحا حين تجدد ملك مشتري البتل وخروج
ملكه عن يده بعد ذلك ليس بمانع فقد ظهرت هذه الاقوال بما بنيت
عليه من الاصلين المذكورين سوي القول الثاني علي ما اشرنا اليه
ولم اقف علي هذه الاقوال منصوصا عليها قال في كتاب ابن المواز
ولو سلم الشفيع شفعته في مدة الخيار لم تبطل شفعته وكان
له الاخذ بها اذا تم البيع قال اشهب في المجموعة من ابتاع شقصا
فوجد به عيبا فاراد رده واراد الشفيع اخذه وقال انا راض
بعيبه فله رده ولا شفعة للشفيع وقال ابن القسم فيمن ابتاع
دارا فردها بعيب دلس به ثم استحق بعضها بعد ان ردها
فالشفعة له ان شا من حساب جميع الثمن قال الباجي وهذا اذا
اراد ان ياخذ بالبيع دون الرد بالعيب فتكون عهدته علي
البايع فاما علي القول بان الرد بالعيب نقض بيع فلا شفعة
فيه ولو فلس مبتاع الشقص فقال ابن القسم الشفيع احق به
ويدفع الثمن الي البايع واذا رجع الشقص الي بايعه فللشفيع الشفعة
لانه بيع جديد قاله سحنون ولو سلم الشقص واراد محاصة الغرما
بالثمن فباعه الامام للغرما فقال اشهب فيه الشفعة **وقوله**
وتثبت في المهر والخلع والصلح وجميع المعاوضات • هذا
المذهب وهو قول الشافعي في المهر ودم العمد وقال ابو حنيفة لا تجب
فيهما شفعة وقد سبق عن المذهب الخلاف في الصدقة والهبة وعلي
القولة الشاذة في الميراث فاحري هذه المسائل واما ما تكون
به الشفعة في هذه المسائل فسياتي ذلك حيث يتكلم عليه المولف
وقوله والعهدة علي المشتري • يعني ان عهدة الشفيع باعتبار

الثمن والرد بالعيب والاستحقاق وشبه ذلك انما هي على المشتري لانه
كبايع للشفيع والشفيع كمشتر منه وعن سحنون ان للشفيع ان يكتب
عهدته على من شا من بايع او مبتاع وذكر بعض الايمة ان عهدة الشفيع
على من ياخذ من يده الشقص فان اخذ من يد المشتري فعهدته عليه
وان اخذ من يد البايع فعهدته عليه واظنه مذهب ابي حنيفة وحجة
اهل المذهب ان مطالبة الشفيع اولا في الاخذ انما كانت مع المشتري
واليه يدفع الثمن فوجب الرجوع عليه اذا وجب له الرجوع وقوله
وفي شفعة الاقالة قولان بخيرو على المشتري. يريد ان البايع
والمشتري اذا تقايلا قبل الشفعة لم يكن ذلك مانعا للشفيع من
الاخذ بشفعته فان اخذ ثم اطلع على ان المتبايعين تقايلا او علم
بذلك قبل اخذه بالشفعة فاختلف قول مالك هل ليس للشفيع
خيار وتكون عهدته على المشتري وهذا هو مذهب المدونة او
يكون مخيرا فان شا ان يجعل عهدته على البايع جعلها وان شا
ان يجعلها على المشتري جعل قال اشهب وسوا كان البايع هو المستقيل
او المشتري وقال مطرف وابن الماجشون ان راي ان التقايل بينهما
كان لقطع الشفعة فالاقالة باطلة وللشفيع الشفعة بعقد الشرا
وان رايا ها على وجه الصحة واراد الاقالة فهو بيع حادث
وللشفيع الشفعة باي البيعتين شا والشرا اما يستشكل في مجالس
المناظرات مذهب المدونة فيقال ان الاقالة ان كانت حل بيع
فلا شفعة وان كانت ابتدا بيع فتخيير الشفيع فلا معنى لتحتيم العهدة
على المشتري ويجاب عن ذلك باختيار الاول وانما ثبتت الشفعة
وحملت العهدة على المشتري لاتهامهما في قطع شفعة الشفيع كما اشار
اليه ابن المواز واشهب واستحسن اشهب قول مالك في المدونة والقياس
عنده قول مالك الاخر قال اشهب فان كانت الاقالة بزيادة او نقصان
قبل تسليم الشفيع فله الشفعة على ايهما شا قال الباجي والشرك

والتولية

والتولية مثل الاقالة وقوله اما لو سلم قبلها فعلى البايع. الضمير المخفوض
بالظرف راجع الى الاقالة ومفعول سلم محذوف وهو الشفعة اي
لو سلم الشفيع الشفعة قبل الاقالة ثم تقايلا فله الشفعة وعهدته على
البايع وهذا ظاهر على اصل المذهب ان الاقالة ابتدا بيع واما على راي
من يجعلها حل بيع فينبغي ان لا تكون له شفعة والتهمة هنا ضعيفة لانه
لا يتقصد بهذه الاقالة ابطال حق الشفيع في الشفعة وقوله ولا
يضمن ما نقص عنده. يعني ان الشقص المشتري اذا تغير بنقص في ذاته
او صفاته او سوقه فلا ضمان على مشتريه ويكون الشفيع مخيرا في اخذه
على حاله بجميع الثمن او يسقط حقه في الشفعة وذلك لصحة ملك المشتري
وكون الشفيع غير مجبور على الشفعة وقوله وله غلته وثمرة قد
استغنت قبلها. الضمير المجرور باللام عايد الى المشتري والضمير الذي
اضيفت اليه الغلة راجع الى المبيع او الى الشقص والضمير المخفوض
بالظرف يرجع الى الشفعة وعقب المولف هذا الفرع بالذي قبله لئلا
يوهم الكلام الاول ان الغلات بعد الشرا وقبل الشفعة من حقوق
الشفيع لا من حقوق المشتري وذلك ان الشفيع لما لم يكن له مقال
في نقص المبيع على ما تقدم صار كان الضمان منه فاذا كان الضمان
منه وجب ان تكون الغلة له فبين المولف ان الحكم بخلاف ذلك
لانه غير ضامن في المعنى وانما يكون الضمان منه ان لو اجبر
على الشفعة فان قلت الثمرة نوع من الغلة فلاي شي عطفها المولف
على الغلة قلت لفايدة قوله قد استغنت قبلها لانه لو لم يذكر
هذا القيد لاحتمل كلامه احتمالا ظاهرا ان مثل هذه الصورة لا
ينطبق كلامه عليها او ان لا يكون للمشتري من الغلات الا ما خرج
قبل الشفعة وذلك انهم عدوا استغنا الثمرة عن السقي وشبهه كانقضا
مدة الكرا وجداد الثمرة كانقضا العوض في الكرا مثلا الا ترى لا تقضا
في الحكم بالغلات للمشتري وكذلك لا اثر للجداد في الحكم بالثمرة

له وقد تقدم الكلام على مسايل الثمن **وقوله** فان هدم وبنا فله قيمة
ما بنا من يوم القيام وللشفيع قيمة النقض يريد فان تولى المشتري
هدم البنا ولم ينهدم بامر لا تسبب له فيه فاذا هدمه وبناه كان على
الشفيع ما ذكره المولف وهو الثمن الاول مع قيمة النقض يوم الشرا
مع قيمة ما بناه يوم قيام الشفيع بالشفعة فان قلت كيف يعطي جميع
الثمن مع قيمة النقض مع ان النقض جزء من المبيع **قلت** لا يريدون
بالثمن هنا جميع الثمن كما سالت عنه وانما يريدون بالثمن ما ينوب
العرصة منه بلا بنا لما نابها منه فهو المعبر عنه بالثمن ويضاف
ذلك الى ما ذكرناه من القيمتين هكذا نص عليه اشهب قال اشهب
تكون له قيمة ما عمر يوم القيام وله قيمة النقض الاول منقوضا يوم
الشرا يحسب كم قيمة العرصة بلا بنا وكم قيمة النقض مهدوما ثم
يقسم الثمن على ذلك فان وقع للنقض منه نصفه او ثلثه فهو
الذي يحسب للشفيع على المشتري ويحط عنه من الثمن ويقوم ما بني
مع قيمة البنا قايما قاله ابن المواز وهو قول مالك واصحابه فان قلت
قد قال في المدونة لو هدم المبتاع ثم بنا قيل للشفيع خذ بجميع
الثمن وبقيمة ما عمر فيها فقد نص على جميع الثمن وهو عين ما ذكره
السايل **قلت** لما ذكر في المدونة جميع الثمن سكت عن قيمة النقض
فلم يجمع بينهما وانما مراده ما فسره به اشهب وابن المواز فهو المعتمد
في هذا الموضع والذي في المدونة وفي كلام المولف مجمل **وقوله** وتصويرها
في شفيع غايب قاسم القاضي او الوكيل عنه او تارك لامر ثم ظهر
كذب في الثمن او دعوى صدقة وشبههما • يريد هذا الجواب عن سوال
اورده بعضهم على ابن المواز وذلك انه قيل لابن المواز كيف يمكن ان
يحدث بناء في مشاع يعني هذا السايل ان من شرط القضا بالشفعة
ان يكون حق الشفيع مشاعا غير منقسم فبناوه وهدمه على هذا التقدير
ان كان بحضرة الشفيع فلا شفعة اذ ذلك قطع لها على ما تقدم في المسقطات

وان كان

وان كان في غيبة الشفيع فذلك الهادم والباني غاصب وحكم الغاصب
خلاف ما ذكر ثم على ما تقدم في كتاب الغصب والحاصل ان الجمع في هذه المسالة
بين الحكم بالشفعة وقيمة البنا متناقض فاجابوا عن ذلك باجوبة **منها**
ان يكون الشفيع غايبا حين الشرا فيقاسم القاضي عنه او الوكيل ثم يبني
المشتري او يهدم في غيبة الشفيع فالباني غير متعد والشفيع باق على
شفعته لغيبته وليس للقاضي ولا للوكيل اسقاط حقه في الشفعة لانه
لم يوكل على ذلك وهذا هو مراد المولف بقوله في وتصويرها في شفيع
غايب قاسم القاضي او الوكيل عنه **ومنها** ان يكون الشفيع حاضرا
حين البنا والهدم مصرحا بترك حقه في الشفعة لان البايع والمشتري
ذكرا له ان الثمن اضعاف ما تبايعا عليه فترك حقه في الشفعة
لكثرة الثمن فبنا المشتري ثم علم الشفيع بحقيقة الثمن وهذا هو مراد
المولف او تارك لامر ثم ظهر كذب في الثمن وقد قدمنا ان له في هذا
الوجه الاخذ بالشفعة بعد اسقاط حقه منها على خلاف بين ابن القسم
واشهب في اليمين **ومنها** ان يدعي المشتري انه وهب له الشقص
او تصدق به عليه ثم تبين بعد ذلك للشفيع انه اشتراه ولم يوهب
له ولا تصدق به عليه وهذا هو مراد المولف بقوله او دعوى صدقة
وشبهها ولما كانت الصدقة والهبة لا تمنعان من الشفعة على احدى
الروايتين عن مالك كان في هذا التصوير ضعف على قبله فاحتج المولف
لذلك ولا سيما ان كلام المولف فيما تقدم يشعر بترجيح هذه الرواية لتقديمه
اياها على الرواية الاخرى المشهورة واجاب ابن المواز عن الاشكال
المذكور بالجواب الاول من اجوبة المولف وزاد جوابا اخر وهو
ان يكون المشتري قد اشترى الجميع وانفق وبنا وغرس ثم استحق
رجل نصف ذلك مشاعا وهذا الجواب الذي لم يعرج عليه اكثر الشيوخ
لما ينبني عليه من كثرة الفوايد بسبب تركب المسالة من الشفعة
والاستحقاق والمتكفل بذلك المدونة وشروحها **وقوله** ويترك للمشتري

الشريك ما يخصه • يعني ان المشتري الشريك مخالف في الحكم للمشتري
غير الشريك لان غير الشريك ياخذ الشفيع من يده جميع ما اشتراه والمشتري
الشريك يعد كانه احد من وجبت له الشفعة فيحاص هو والشفيع
في الصفقة بحسب نصيبهما كما لو كان المشتري غيرهما وهذا ظاهر لا يختلف
فيه والله اعلم **وقوله** واذا تنازعا في سبق الملك تحالفا وتساقطا
ومن نكل تعلق به الشفعة • يعني ان الشريكين اذا تنازعا في تقدم ملك
كل واحد منهما انه ملكه سابق على ملك صاحبه وان صاحبه ملك
بشرا وطلب اخذ نصيبه بالشفعة فلكل واحد منهما تحليف صاحبه
فان حلفا سقطت دعواهما وكذلك ان نكلا وان حلف احدهما ونكل
الاخر قضي للحالف وجعلوا هذا اليمين وهي واحدة تغني عن يمينين لانه
اذا كان كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه فينبغي ان يحلف اولا يمينا
اذا كان كل واحد لصاحبه لينفي دعواه وهو ما اذا حلفا جميعا بهو
بين في الفرع الثالث اذا حلف احدهما ونكل الاخر وقد تقدم شي من
هذا في اختلاف المتبايعين وسكت المولف عن ذكر الحكم في نكولهما
استغنا منه بذكر الحكم في حلفهما معا فلو اقاما بينة نظر الى اقدمهما
تاريخا الحكم لها **وقوله** ويشفع من المشتري شرا فاسدا بعد الفوت
لا قبله بالقيمة الواجبة • يعني ان من اشترى شقصا شرا فاسدا فلا يخلوا
ان يعثر على ذلك قبل فواته او بعده فان كان قبل فواته فلا شفعة له
بل يجب فسخ البيع وان عثر على ذلك بعد الفوات بما يفيت الرباع في
البيع الفاسد وجبت الشفعة للشريك بقيمة الشقص لان ذلك هو
العوض وهذا من الوكن الذي ياتي بعد وهو الماخوذ به ولا اعلم
في المذهب خلافا فيما قاله المولف في هذه المسئلة ولو قيل بعدم الشفعة
في هذا الفرع لكان له وجه ولا سيما على قول سحنون في البيع المجمع على
فساده لان لزوم القيمة في البيع الفاسد ليست من باب البيع حقيقة
وانما ذلك عوض عن استهلاك لكن ذلك المستهلك خرج من يد ربه

اختيارا

السادس

اختيارا فراعوا فيه هذا القدر فالحقوه بالبيع والله اعلم فهذا اذا عثر على البيع
الفاسد قبل اخذ الشفيع بالشفعة فان لم يعثر عليه حتى اخذ الشفيع بالشفعة
فقال في المدونة يفسخ بيع الشفعة والبيع الاول قال لان الشفيع دخل
مدخل المشتري قال ابن المواز اذا اجزنا له الاخذ بالشفعة بعد الفوت
فلا بد من معرفة الشفيع بالقيمة التي لزمت المشتري فان اوجبها على
نفسه قبل معرفته بالقيمة فذلك باطل **وقوله** فان فاتت ببيع صحيح
فبالثمن • لما قدم الكلام على فوات الشقص بما يفيت البيع الفاسد
في الرباع الا البيع الصحيح اذ كان مفيتا للبيع الفاسد كمل الكلام هنا ببيان
الحكم اذا فاتت بالبيع الصحيح فذكر ان للشفيع الشفعة بالثمن اي
ولا تكون له الشفعة بالقيمة الا ان يكون المتبايعان قد ترادا ها
قبل اخذ الشفيع فيصير الثمن سابق على الثمن في البيع الصحيح فياخذ الشفيع
بايهما شا لبيعتين صحيحتين تقدمتا الشفعة قاله في المدونة **وقوله**
وينقض بالشفعة وقفه وغيره • يعني ان الشفعة لا تبطل بتصرف المشتري
في الشقص الاعلى الوجوه المتقدمة في المسقطات فلو بنا المشتري ما اشتراه
مسجدا فللشفيع هدم ذلك المسجد واخذ الشقص بالشفعة واذا كان له
ابطال الحبس فاحرى ابطال الهبة والصدقة وكذلك غيرها من عقود
المعاوضات كالبيع والاجارة وقال مالك في المدونة فيمن اشترى
شقصا من دار له شفيع غايب فقاسم الشريك ثم قدم الشفيع فله
نقض القسم واخذه واستدل على ذلك بان القسمة فصار اها ان تكون
كالبيع الاول وابطال ما بعده من البياعات فلذلك له الاخذ بالبيع
~~كما له الاخذ بالبيع~~ الاول وابطال القسمة التي هي اضعف من البيع
هذا معنى كلامه في المدونة ووافقه عليه ابن القاسم واشهب في
كتاب ابن المواز الا ان اشهب اشار الى تردد في كتاب ابن عبدوس
فقال انه لا ياخذ بالقلب ان ليس له رد القسم لانهم قاسموا من
يجوز قسمه يعني لان المشتري قد قاسم بقية الشركا ووكيل الغايب

بلغ مقابلة الحمد

ن

ولهذا المعنى والله اعلم قال سحنون بمعنى القسم وللشفيع اخذ ما وقع
للمبتاع بالصفقة **وقوله** ويأخذ باي البيوع شاء وينقض ما بعده •
قد تقدم الآن ان من حق الشفيع ان ينقض ما فعله المشترى فان
اخذ بالصفقة الاولى وقد تعددت البياعات فانه ينقض ما بعدها
وكذلك لو كان بين تلك البياعات هبات او صدقات او حبس فانه اذا
اخذ بالصفقة الاولى انتقض ما بعد ذلك قال اشهب تبايع الحصة
ثلاثة فاخذها من الاول كانت عهدته عليه ودفع من ثمن الشقص
الى الثالث ما اشتراه به لانه يقول لا ادفع الشقص حتى اقبض ما
دفعته ويدفع فضلا ان كان الى الاول وان فضل الى الثالث
مما اشتراه به رجع به على الثاني وليس للثالث حبسه حتى يدفع اليه
بقية ثمنه ثم رجع الثاني على الاول بتمام ما اشترى به الشقص منه
وان اخذها من الثاني فعهدته عليه ويثبت بيع الاول ويدفع من ثمن
الشقص الى الثالث ما اشتراه به ويدفع فضلا ان كان للثاني ولو
فضل للثالث مما اشترى به الشقص شي رجع به على الثاني ولا تراجع
بين الاول والثاني لتمام بيعهما وان اخذها من الثالث ثبتت عهدته
عليه وتم ما قبل ذلك من بيع **وقوله** الماخوذ به مثل الثمن او قيمته
في المقوم • لما كان الشفيع يتنزل منزلة المشتري فيما وجب له اخذه
من بيع وجب ان يدفع له مثل ما دفع ان كان مثليا وان لم يكن مثليا دفع
اليه قيمة عوض الشقص لا قيمة الشقص ولا يقال انه يدفع اليه قيمة الشقص
لانه اخذه الشفيع من المشترى لانا قدمنا ان الشفعة انما هي في المعنى
شرا من المشتري بالعوض الذي دفعه للبايع ولذلك كانت عهدته على المشتري
لا على البايع **وقوله** فان لم يتقوم كالمهر والخلع وصلح العمد ودراهم جزافا
فقيمة الشقص يوم العقد وقيل في المهر صداق المثل وقيل تبطل في الدراهم
يسوبد فان كان عوض الشقص لا يتقوم غالبا رجع الى قيمة الشقص فيها
تكون الشفعة لان الغرض لزوم الشفعة في هذه الصورة خلافا لمن ذكرنا

الذي

خلافه

خلافه قبل هذا والغرض ان القيمة تعذرت لان العوض لا يتقوم عادة
فيرجع الى اقرب الاعواض وذلك قيمة البيع والله اعلم وهذا هو المشهور
في هذه المسايل والاقرب عندي القول الشاذ في المهر لان البضع قد
يتقوم في النكاح الفاسد وغيره واما مسلة الدراهم ففي صحة فرضها على
المذهب نظر لان الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافا وانما تبع المولف
فيها من تبع الشافعية فان **قلت** نفرض ان التعامل بالدنانير والدراهم
كان عندهم وزنا واذا كان التعامل فيها وزنا جاز بيعها جزافا
قلت يكون الحكم اذ ذاك قيمة ذلك الجزاف ذهبا كما لو وقع التبايع
بصبرة طعام والله اعلم فان **قلت** هل يدل سكوت المولف عن زمان
القيمة في اصل المسلة حيث قال او قيمة المقوم ولم يقل يوم العقد
ولا يوم القيام وتعيينه زمان القيمة هنا انه يوم العقد على تفرقة
في الحكم **قلت** لا يدل على ذلك بل على التسوية من باب الاولى
لانه اذا كان العوض غير مقوم ربما سبق الى الذهن ان القيمة
لا تعتبر الا يوم قيام الشفيع او يوم الحكم له بالشفعة اذ العوض حينيذ
كالعدم فاذا لم يعتبر هذا ووجبت القيمة يوم العقد فلان تجب في اصل
المسلة اذا كان العوض عرضا مقوما اولى والله اعلم فان قلت دل
كلام المولف بحسب مفهوم المخالفة حيث قال وصلح دم العمد على ان
صلح دم الخطا مخالف للعمد فكيف تكون الشفعة في ذلك **قلت** قد
قال في المدونة ان اخذ الشقص عن دم الخطا ففيه الشفعة بالدية
فان كانت العاقلة اهل ابل اخذه بقيمة الابل وان كانت اهل ذهب
او ورق اخذه بذهب او ورق ينجم ذلك الشفيع كالتنجيم على العاقلة
وقال سحنون في المصالح عن جميع الدية على شقص ان كان اعطى ذلك
والعاقلة اهل ذهب او ورق فالصلح جايز ويرجعه بالقسم عليهم بالاقل
من قيمته او الدية ان كان صلحه عليهم وان كانوا اهل ابل فان كان القاتل
يعطي الشقص ولا يرجع بذلك على العاقلة مفوجا يروا ان كان انما صالح

عنهم ليرجع عليهم لم يجز الصلح لانهم مخيرون قال بن عبدوس وكان
سحنون يقول في هذا الاصل بقول عبد الملك ان الدية له حكم العرض
فاذا اشتري الشقص بالدية وهي دينه فان كانت دنانير او دراهم
قومت بالعرض علي ان يوخذ في ثلاث سنين ثم يقوم العرض بعين
وقال عبد الملك يوخذ ذلك بالعرض الذي قوم به الدية قال سحنون
وان كانت الدية ابلاً قومت بالنقد علي ان يوخذ في ثلاث سنين
ثم ياخذ الشفيع بذلك او يدع وعلي بن القسم ومن وافقه في كلامه
اعتراض اضربنا عن ذكره وعن غير ذلك مما يتعلق بهذه المسلة لان
المولف ترك هذه المسلة **وقوله** فان اشتري مع غيره فيما يخصه
ويلزم المشتري باقي الصفقة • يعني فان اشتري شقصاً مع غيره فللشفيع
ان ياخذ الشقص وحده بما ينوبه من الثمن وهذا قول اكثر العلما وعن
عثمان البتي اما ان ياخذ الجميع او يدع الجميع ولا يبعض الصفقة والذي
قاله الجمهور هو الاصل ولا حجة للمشتري علي الشفيع ولا علي البايع لانه
دخل علي التبعيض واما قول المولف ويلزم المشتري باقي الصفقة
فاشار بعض الشيوخ الي ان الشفعة ان ردت الي انها ابتدا بيع مع
الشفيع فلا كلام للمشتري مع البايع وان ردت الي انها كالاستحقاق
لان الشفيع ياخذ الشقص من يد المشتري كرهاً كان للمشتري ان
يرد بقية الصفقة اذا كان الشقص جلها قال بن المواز فان استوجب
الشفيع الشفعة قبل معرفته بما يقع علي الشقص من الثمن لم يجز قال
مالك وبن القسم واشهب فيمن اشتري شقصاً وبعيرا بعبد فان
كان البعير من الشقص قدر ثلث الجميع بالقيمة يوم الصفقة اخذ
الشفيع بثلثي قيمة العبد ثم ان استحق البعير رجع بايع العبد بثلث
قيمة العبد علي بايع الشقص وان ابتاع شقصا ومحابدنانير فلابد
من التقويم للقمح والشقص فياخذ الشفيع بحصة ما يقع للشقص قال
بن المواز ولو باع منه شقصاً ومايه درهم بدنانير فلابد ايضا من تقويم

الدراهم

ان الشفيع

الدراهم والشقص قال بن المواز هذا علي اصل اشهب بتجويز الصرف والبيع
معا **قلت** ومذهب المدونة جواز اجتماع البيع والصرف في عقدة اذا كانت
الشركة بينهما في دينار واحد لا تبالي هل كان احدهما تبعاً لصاحبه
اولا **وقوله** والي الاجل ان كان مليا او بضامن ملي والا عجله
يريد وان اشتري الشقص بثمن موجل فللشفيع اخذه بمثل ذلك الثمن الي
مثل الاجل بشرط ان يكون الشفيع مليا فان لم يكن مليا اتا بضامن
ملي وفي المدونة ثقة ملي فانظر ما اراد بثقة ولذا اسقطها المولف
وان عجز عن كل واحد من الوجهين عجل الثمن وحينيذ ياخذ الشقص
فاو من قوله او بضامن للتفصيل وظاهر كلام المولف انه اذا كان الشفيع
مليا اخذ بالشفعة سوا كان ملاوه مساوياً للمشتري او دونه وكذلك
اذا لم يكن الشفيع مليًا واتا بضامن ملي فله الشفعة وان كان ملا الضامن
دون ملا المشتري وظاهر قوله ايضا والا عجله انه اذا عجز عن كل
واحد من الوجهين فانه يعجل الثمن والا سقط حقه في الشفعة
وان كان المشتري عديمًا وعدمه مسا لعدم الشفيع او دونه
وهذه جمل فيها اضطراب في المذهب قال اشهب في الموازيه
والمجموعه ان لم يكن الشفيع مثله في الملا اتا بحميل مثل ثقة المشتري
وملا به وقال بن الماجشون ومحمد اذا كان الشفيع مليًا وان كان
المبتاع املى منه فليس عليه حميل ولم يذكر في روايه بن القسم واشهب
عن مالك ما شرطه اشهب وان اتفق المشتري والشفيع في العدم فابا
المبتاع تسليم الشفعة الا بحميل فقال بن القسم لا حجة له ولا حميل الا
ان يكون اعدم منه فليات بحميل كالمشتري وقال محمد اذا كان
الشفيع عديما فلا شفعة له الا بحميل ثقة كان المبتاع عديمًا اولا وقال
اشهب ان اشتراه بحميل او رهن فليس للشفيع وان كان املى منه
اخذه الا بحميل او رهن مثله وقال ايضا اشهب اذا كان املى من
الحميل ومن المشتري اخذه بلا رهن مثله ولا حميل واختار محمد القول

لملاءة

من

الاول وانظر لوكان الدين عرضًا واراد الشفيع تعجيله للمشتري وابا المشتري
وطلب التاخير الي الاجل واخذ الحميل ولم يجد الشفيع حميلا كيف الحكم ولو
لم يقم الشفيع حتى حل اجل الدين وودا الثمن فله من الاجل مستانفًا
مثل اجل المشتري قاله مالك ومطرف وبن الماجشون واختاره بن
حبيب فان لم يكن مليا ولم يات بحميل قطع السلطان شفعته ولا
شفعة له وان وجد حميلا بعد ذلك بن حبيب وقال اصبغ لا ياخذ
الشفيع اذا قام بعد الاجل الا بنقد وفي هذا الفصل فروع واقتصرنا
علي ما يتعلق بكلام المولف منها وتركنا ما عداه وقوله فلو احال البايع
به لم يجز • يعني فلو احال المشتري البايع بثمن الشقص لم يجز لانه فسخ
دين في دين قاله بن القسم في المدونة قال وان عجل الشفيع للمبتاع فقبضه
ثم ليس عليه ان يعجله للبايع وليس للبايع ان يمنعه من قبض الدار فلو
اشتري الشقص بدين للمشتري علي البايع فقال بن الماجشون ياخذ
الشفيع بقيمة الدين من العروض التي يتعجل ثمنها كالحنطة والزيت
ولسحنون في المجموعة يقوم الدين بعرض ثم يقوم العرض بعين ويأخذ
الشفيع بذلك وقال مالك لا ياخذ الشفيع الا بمثل ذلك الدين او
يترك وكذلك لو كان البايع عديمًا ومثله عن اشهب وزاد مطرف
ولو كثرت القيمة فيه وقال اصبغ ياخذ بمثل الدين الا ان يهضم
له هضيمة بينة فياخذ بقيمة الشقص لا بقيمة الدين فاذا قلنا بقيمة
الدين فقال مالك ان كان يوم قيام الشفيع حالاً اخذ به حالا وان
كان بقي من الاجل شي فالي مثل ما بقي من الاجل وقال اصبغ انما يستشفع
بمثل الدين حالا هكذا نقل الباجي قول مالك عن كتاب بن حبيب اعني
قوله يوم قيام الشفيع حالا وقال بعض الشيوخ انه غلط قال وانما
ينظر الي ذلك يوم الشرا وكذلك هو في كتاب محمد وقوله
وثواب الهبة كالثمن فلا ياخذ الا بعده وقال اشهب ان فات
قبله اخذ بالاقل • يعني ان هبة الثواب لا تمنع من شفعة الشفيع واذا

كان

واذا كان الهبة لغير الثواب لا تمنع من ذلك فاحرى هبة الثواب وقال
الشافعي هبة الثواب لا تجوز واجازها ابو حنيفة ولم ير فيها شفعة وقوله
هذا قوي جدا فاذا فرعنا علي مذهبنا فالثواب ينزل كما قال المولف منزلة
الثمن فان كان من ذوات الامثال فبمثله وان كان من ذوات القيم
فبقيمته هذا معنى قول المولف وثواب الهبة كالثمن واما قوله فلا
ياخذ الا بعده فمعناه انه اذا كان الثواب مثل الثمن فقبل اخذ الواهب
الثواب او الحكم به لم يتقرر ثمن فلا شفعة وهذا هو مذهب المدونة
والمشهور وقال اشهب وبن عبد الحكم اذا فات الشقص وجبت فيه
الشفعة بالقيمة واما قول المولف وقال اشهب الي اخره فمعناه ان
الحكم الذي قدمناه اولا عام علي المشهور ان الشفعة تكون بمثل الثواب
او قيمته سوا فات الشقص الموهوب قبل الثواب او بعده وقال اشهب
في كتاب محمد ان فات الشقص قبل دفع الثواب ثم اثاب الموهوب
له فان الشفيع يشفع باقل الامرين قيمة الشقص او قيمة الثواب وقال
اللخمي القياس ان يشفع بالاكثر من قيمة الهبة او من قيمة الثواب وهو الاظهر
والله اعلم ووجهه ظاهر لان قيمة الشقص ان كانت اكثر من الثواب
فللواهب ان يقول انما قبلت منه لعهد الصداقة بيني وبينه او لما
ارجو منه بعد ذلك وان كان الثواب اكثر من قيمة الشقص فلان
ذلك هو العوض غالبًا في هذا النوع والله اعلم وقوله وما حط من
الثمن لعيب يحط اتفاقا ولابرا قال اشهب يحط وقال ابن القسم ان
كان مثله يحط عادة • يعني ان الثمن اذا تقرر في الشقص ثم اسقط
منه شي لموجب فان كان ذلك الموجب عيبا في المبيع اسقط ذلك القدر
عن المشتري لان الباقي بعد الاسقاط هو الثمن وان كان المسقط انما المراد
به استصلاح البيع فقال اشهب انه يحط عن الشفيع وهو مراد المولف
بقوله ولابرا وحكى المولف عن بن القسم انه يحط بشرط ان يكون ذلك
القدر مما يحط عادة وهذا قول بن القسم في موضع من كتاب الشفعة

وله في موضع اخر فيمن اشترى سقصا بالف درهم ثم وضع عنه البايع تسع مايه
بعد ان اخذ الشفيع او قبل فانه بنظر فان اشبه ان يكون ثمن الشقص عند
الناس مايه درهم اذ انغابنوا بينهم او اشتروا بغير تغابن وضع ذلك
عن الشفيع لان ما اظهر من الثمن الاول انما كان سببا لقطع الشفعه ولن
لم يشبه ان يكون ثمنه مايه لم يحط للشفيع شيا وكانت الوضيعه هبه
للمبتاع والتحقيق انه لابد من جمع كلامه في الموضعين فلابد ان يكون الذي
اسقط من الثمن مما يسقط عادة ولابد ان يكون الباقي بعد الساقط
مما يشبه ان يكون ثمن السقص فتامله **وقوله** ولا تنقض الشفعه
برد المقوم بعيب او استحقاقه وعلى الشفيع قيمته عند ابن القسم وقيمة
الشقص عند سحنون مخير الشفيع وعلى المشتري قيمة الشقص يريد
ان من اشترى سقصا بعبد او بغيره من ذوات القيم فاخذ الشفيع
ذلك الشقص بقيمة العبد فاطلع البايع على عيب في العبد فرده على
المشتري فليس له على المشتري الا قيمة الشقص ولا ينتقض ما بين الشفيع
والمشتري ولم يجعلوه مثل البيع الفاسد لوجوب فسخ البيع الفاسد
لحق الله تعالى والقيام من حق الادمي فلا يبطل به حق الشفيع وهذا
معنى قول المولف وعلى الشفيع قيمة الشقص عند ابن القسم وقال مثله
اصبغ وهو اختيار ابن المواز وقال عبد الملك وسحنون ينتقض ما بين
الشفيع والمشتري كما انتقض ما بين البايع والمشتري ويكون على الشفيع
قيمة الشقص كما كانت على المشتري وهذا هو معنى قول المولف وقيمة
الشقص عند سحنون ثم ان شا الشفيع ان ياخذ بما حصل بيد البايع
اولا ان كانت قيمة الشقص اكثر من قيمة العبد وهذا هو معنى قول
المولف مخير الشفيع وان كانت قيمة العبد اكثر مما زادت على قيمة
الشقص واما قوله وعلى المشترى قيمة الشقص فانما يتم على هذا الوجه
الاخير وهو اذا كانت قيمة الشقص اقل من قيمة العبد والاقرب مذهب
عبد الملك لان استحقاق العوض المقوم او ظهور عيب به يوجب فسخ

العقدة

بالعيب صوابه المقوم ح

اي قيمة ح

رجع

العقدة فان كانت فايتة وقع التراجع في القيمة وقد وقع لاشهب ما يوافق
قول عبد الملك في مسلة المدونة في الكرا وذلك ان مالكا قال فيمن اكترى
ابلا الى مكة بشقص ففيه الشفعه بمثل كرا الابل الى مكة ولو اكترى به
دارا فبقيمة كرايها ولو اجر به اجيرا فبقيمة الاجاره ومثله لعبد الملك
واشهب قال ابن المواز عن ابن القسم فان اخذ الشفيع بذلك ثم مات
الاجير او انهدم المسكن او هلكت الدابه بعد ان مضى نصف العمل ونصف
السكنى والركوب فليرجع بنصف قيمة شقصه لان اخذ الشفيع فوت
وقال اشهب اذا ماتت الدابه في نصف الطريق فرجع المتكاري بنصف
قيمة الشقص رجع المكتري على الشفيع بما رجع به رب الشقص عليه
ويقاصه بنصف ما اخذ منه من قيمة كرا الدابه الا ان تكون قيمة
كرايها اكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف
كرا دابته ويدع له من ذلك نصف قيمة الشقص ونحو هذا عن عبد
الملك وقد جرى عبد الملك على اصله لكن اشهب اختلف قوله
واما قول المولف ولو وقع قبلها امتنعت فيعني به ولو وقع الاستحقاق
في هذه الصورة قبل الشفعه امتنعت الشفعه لانتقاض البيع قبل الشفعه
نص على ذلك في المدونه ولا اعلم فيه خلافا **وقوله** واما النقود فيد لها
يعني ولو كان ثمن الشقص دنانيرا ودراهم فاستحق او اطلع على عيب
بذلك الثمن فلا اثر لذلك في اسقاط الشفعه سوا كان الاستحقاق والاطلاع
قبل الاخذ بالشفعه او بعده لوجوب القضا بمثل ذلك في البيع **وقوله**
وفي غيرهما قولان بدلها وقيمة الشقص فيجي في الشفيع القولان
الضمير من قوله وفي غيرهما راجع الى المقوم المذكور في صدر المسلة
والى النقود المذكور في الفرع السابق اي وفي غير المقوم والنقود
قولان كالطعام وشبهه من المكيلات والموزونات اختلفت
روايات المدونة فيه هل حكمه حكم النقود فيلزم البدل او
حكمه حكم المقوم فيلزم قيمة الشقص وهذا اذا كان الاطلاع على

العيب بعد اخذ الشفيع واما ان كان قبل الشفعه فانه يفسخ البيع بلا خلاف
فتبطل الشفعه واما قوله فيجي في الشفيع القولان فالالف واللام في القولين
للعهد وهما قولا ابن القسم وسحنون السابقان في صدر المسله ومعنا هذا انا
اذا فرعنا على القول بان الواجب في الطعام وشبهه قيمه الشقص
كما هو الحكم في المقوم جات القولان السابقان بالضروره **وقوله**
ولو تنازعا في قدر الثمن فالقول قول المشتري فيما يشبه بيمين والا فقول
الشفيع وقال اشهب القول قول المشتري فيما يشبه بغير يمين وفي غيره
بيمين • صورة هذه المسله بينه ومن دعوى الاشبه عندهم ان يكون المشتري
من الملوك ونحوهم الذين يرغبون في الدار اللاصقه لهم ويزيدون
في ثمنها فلبعض مالهم فيه شرك ولا شك ان الشقص ملك للمشتري
والشفيع يريد اخذه من يده فيكون القول قول المشتري اذا اتى بما يشبه
ولم يذكر في المدونة اليمين وذكرها في غير المدونه ولابد من ذلك واستضعفوا
قول اشهب قال ابن المواز ان ادعى الشفيع انه حضر المبايعه فعلم ان
الثمن اقل مما ادعاه المشتري حلف المشتري فان كان لا حقيقه عنده
لم يلزم المشتري يمين ولمطرف في دعوى المشتري السرف او غيره القول
قوله بيمين وقال ابن حبيب ان اتى المشتري بسرف رد الى القيمه قال
بعض الشيوخ وقد اختلف اذا اتى المشتري والشفيع بما لا يشبه
قال واعدل الاقاويل ان يحلفا جميعًا وياخذ الشفيع بالقيمه وان
نكل احدهما وحلف الاخر كان القول قول الحالف وان طال الزمان
حتى نسي الثمن وقال المشتري لا اعلمه بطول الزمان وغيبه السفر
سقطت الشفعه وفي الموازيه والمجموعه اذا اتى المشتري بما لا يشبه
وجهلوا الثمن اخذ الشفيع بقيمته يوم البيع ونحوه لاصبغ قال في
المدونة وان اقاما بينه وتكافيا في العداله كانا كمن لا بينه لهما وصدق
المبتاع لان الدار في يديه وقال سحنون لا يبطلان في التكافي والبينه
بينة المبتاع ومثله لاشهب وحمل هذا بعض الشيوخ على اتحاد المجلس

واما ان كانت الشهادتان عن مجلسين ففي كتاب ابن المواز القول قول
الشفيع ان كانوا عدولًا وان كانت بينه الاخر اعدل لانه ان كانت
بينه الشفيع قبل فقد زاده في الثمن فلا تلزم الزياده وان كانت
بعد فقد اسقط عنه من الثمن واختلف عند عدم البينه هل تقبل شهاده
البايع فقال ابن المواز لا يقبل قوله وان كان عدلا ويقرب منه ما في
كتاب ابن مزين وقال ابن رشد لا يمتنع عندي ان يكون شاهدا يحلف
معه اذا كان لا يتهم في شهادته **وقوله** فلو انكر المشتري الشرا
والبايع مقر حلف وسقطت العهدة وقيل ياخذ لان البايع مقر انه
احق واختاره اللخمي • تجوز في اطلاق لفظتي المشتري والبايع مع
ان البيع لم يثبت وكلامه يوهم ان القول الثاني عام في الحاضر والغايب
وانما في كتاب محمد فيمن قال انه باع من فلان وفلان منكر او غايب
ان لا شفعه له ان انكر وان كان غايبًا فان كان بعيد الغيبه
فلا شفعه للشفيع لان البايع مقر انه اولى به منه فان قدم الغايب
فاقر كانت العهدة عليه وان انكر حلف ورجع الشقص الى البايع
قال محمد واحب الي ان لا يرجع الشقص الى البايع وان انكر الغايب
لان البايع مقر ان الشفيع احق به بذلك الثمن ويكتب عهدة الثمن على
البايع قال اللخمي وقول محمد صواب وارى الحاضر مثله فانظر كيف
فصل في هذا القول بين الغايب والحاضر وانما سوى بينهما اللخمي ولو
ادعى رجل انه اشترى شقص غايب وقام الشفيع فقال ابن القسم
في المدونه لا شفعه له لانه ان اتى الذي له ذلك الشقص غرمه كرا ما سكن
واخذ نصيبه وان قضي له بالشفعه ثم اتى فانكر البيع لم يكن على الذي
قضي له بالشفعه من الكراء شي وقال اشهب اذا كان الشقص في يد المدعي
حتى لا يقدر احد ان يخرجه من يده كانت له الشفعه فان قدم الغايب فاقر مضت
وان انكر اخذ شقصه ورجع المشتري بالثمن على الذي دفعه اليه
وقول المؤلف القسمة لا شك في اصل مشروعيتها بقوله تعالى

واد احضر القسمة أُولوا القربى الايه وفي ذلك احاديث صحيحة كقوله صلى الله
عليه وسلم الشفعه فيما لم يقسم وحديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق
سته مملوكين عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى
الله عليه وسلم فجزاهم ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة
وقال له قولا شديدًا وقوله صلى الله عليه وسلم مثل القايم في حدود
الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا سفينه فاصاب قوم اعلاها وقوم
اسفلها واما تنوليعه اياها الي ثلاثه في قوله مهاياه وقسمة بيع وقسمة
قيمه فهي طريق الاكثر وربما قسمت الي غير ذلك ولفظ مهاياة ينضبط
بالمون بين الالفين فكان كل واحد من المتقاسمين هنا لصاحبه ما
اعطاه وينضبط بالياء المثناة من اسفل وكان كل واحد هيّا لصاحبه
وسوله ما اعطاه **وقوله** فالاولى اجارة لازمه كدار او دارين
ياخذها كل واحد منهما او احدهما مدة معينة • هذه المهاياة وهي قسمة
المنافع واصلها الاجارة فيجوز فيها ما يجوز في الاجارة وذكر المولف
انها تنقسم قسمين لازمه كما تلزم الاجارة وذكر لها مثالين احدهما
ان تكون دار بين الشريكين يسكنها كل واحد منهما شهرا والثاني
ان تكون لهما داران يسكن احدهما دارا معينه والاخر الدار الاخرى
كذلك ولا يشترط مساواة المدتين وانما يشترط حصرها فقوله ياخذها
كل واحد منهما راجع الي قوله لدار وقوله او احدهما راجع الي قوله او
دارين وقوله مدة معينه قيد راجع الي المثال الثاني ويضم لعد الاول
مثله **وقوله** وغير لازمه لدارين ياخذ كل واحد منهما سكني
دار • وهذه ايضا نوع من الاجارة على الخيار ولا يشترط فيها ضرب الاجل
لان كل واحد منهما له ان ينحل منها متى شا ولا يمكن تصورها بالمثال
الاول من المثال اللازمه الا ان ياخذ احدهما بيتا من الدار مثلا
وياخذ الاخر كذلك قال مالك في المجموعه في عبد بين رجلين يقول
احدهما لصاحبه دعني اكريه هذا الشهر اخذ كرايه وتكريه انت

في الشهر

في الشهر الاخر فلا يعجبني هذا وسيعه في الخدمه وقال في كتاب
محمد في الدابه بينهما لا يجوز ان يقول ما تسببت اليوم فلي وما تسببت
غدا فلك وكذلك العبد وان قال احدهما انت اليوم وانا غدا كان
جايزًا وكذلك انا شهرا وانت شهرًا قال محمد انما يجوز في الخدمه
مثل خمسة ايام فاقل ولا يجوز في الكسب ولا يوم واحد وقد سهل مالك
في اليوم الواحد وكرهه في اكثر منه واجازه في الخدمه وقال
بن عبدوس عن بن القسم ان تهايوا في دور او ارض على ان يسكن
كل واحد او يزرع ناحيه فذلك جايز في السكنى والزراعه ولا
يجوز في الغله والكرا قال ولا يجوز ذلك في خدمة العبيد الا في
اجل قريب كالشهر واكثر منه وما اشبهه ولا يجوز فيما بعد واما
الدور والارضون وما هو مامون فيجوز التهايي فيه السنين المعلومه
والاجل البعيد ككرايها وليس لاحدهما فسخه بعد ذلك **وقوله**
الثانيه بيع كدارين او حصتين او علو وسفل او غير ذلك ياخذ
كل واحد احدهما بالاخرى ملكًا • هذا هو النوع الثاني من انواع
القسمة وهي بيع لا شك فيه ان كانت بغير تعديل ولا تقويم واختلف
فيها ان كانت بتعديل وتقويم هل حكمها حكم البيع اولا وان
كان بعضهم اطلق الخلاف فيها وليس من شرطها اتحاد الجنس
لما قلنا لانها بيع وكذلك لا يحكم بها عند التنازع واختلف في
جوازها بالقرعه والمشهور انها لا تجوز فان قلت اليس قوله
او حصتين تكرار لقوله كدارين الا ترى انه ليس لكل واحد منهما
من كل دار غير حصه فاذا تراضيا بان اخذ احدهما دارا واخذ
الاخر الاخرى **قلت** ليس بتكرار لان مراده بالحصتين المتقابلتين
للدار هو ان لهما جميعا حصة في دار ولهما كذلك من دار اخرى فاخذ
احدهما حصتيهما معا من احدى الدارين وسلم لصاحبه ما لهما معا في
الدار الاخرى **وقوله** الثالثه وهي المقصوده كدار او بستان

فيقال لكل واحد منهما
حصته من احدى الدارين
حصته من الدار الاخرى

فتصح السهام ثم تعدل المواضع عليها بالقيمة لا بالمساحة ثم يقرع فمن
خرج سهمه في طرف وبقيت له سهام اخذها مما يليه • هذا هو النوع الثالث
من انواع القسمة وهو الذي يقصد الكلام عليه في كتاب القسمة وذلك
ان النوع الاول راجع الي الاكرية والثاني الي البيع وهذا هو المقصود
الاهم هنا وهو تمييز حق لا بيع على اصح القولين وليس مراد المولف بقوله
كدار وبستان انهما يجتمعان معا في القسمة وانما مراده ان الدار
كما تقسم ولا يمنع من قسمتها اختلاف الاغراض في بيوتها فكذلك البستان
ولو اختلفت اجناسها ثم بين المولف صفة هذه القسمة في الربع بقوله
فتصح السهام الي اخره ومراده بذلك انه اذا اختلفت انصبا الشركا
وهم هنا اعم من الورثة وليس هم الورثة خصوصا وترد السهام من
نسبة السهم الاقل او تاتي باقل الاعداد التي يصح منها سهام الجميع فاذا
حصل لك هذا العدد عدلت اجزا الدار والبستان عليها بالقيمة
لا بالمساحة فربما اختلفت جهات الدار الواحدة في القيمة بحيث
ان يكون الذراع من جهة يساوي قيمة الذراعين من جهة اخرى
ثم يقرع بينهم فمن خرج سهمه في جهة فان كان ليس له الا سهم
واحد اخذ الذي خرج سهمه بعينه وان كان له سهمان فاكثر
اخذ سهامه كلها في الجهة التي خرجت له وكذلك الثاني والثالث
قال ابن عبدوس يقوم القاسم النخل نخلة نخلة اذا كان من اهل
المعرفة بقيمة ذلك الموضع ويسال اهل الخبرة بما عرف من حمل كل
نخلة فقد تكون النخلة لها منظر قليلة الثمر واخرى لا منظر لها
كثيرة الثمر فاذا فرغ من ذلك جمعها كلها وقسمها على قدر
السهام وقوله وصفتها ان نكتب الشركا في رقاع وتجعل
في طين او شمع وترمى كل بندقة في جهة • الضمير المضاف اليه
صفة راجع الي القرعة التي دل عليها قوله ثم يقرع ولا يرجع الي
القسمة لان صفة القسمة قد سبقت وان شا القاسم صنع كما ذكر المولف

ان يكتب الشركا في رقاع وتجعل في طين او شمع وان شا خلط الرقاع
في كمه ويخرج اول سهم ثم الثاني ثم الثالث وقوله فان تشاحوا
في بدايه احدى الجهتين اقرع عليها اولا وقيل تكتب الجهات مثلها
ثم تخرج من كل واحد منهما بندقة فياخذ الاسم الجهة • يعني ان المذهب
اختلف على قولين هل يقرع القاسم بين الجهتين ايهما يبدا بها اولا
ولا شك انهم ان تشاحوا في ذلك اقرع عليها وان لم يتشاحوا
عليها فقولان والاصل وهو مذهب المدونة انه لا يحتاج اليه والقول
الثاني انه يحتاج اليه لانه ارفع لنزاعهم وما معنى المشاحة هنا
اختلف في ذلك على قولين احدهما هو ان تكون القسمة مثلا من شرق
الي غرب ويكون الاخر من جنوب الي شمال وراي هذا القايل
ان نزاعهما على الوجه الاول لا معنى له فاذا اخرج القاسم جهة معينة
من شرق الي غرب ثم ضرب لهم فخرج احدهم فاخذ سهمه فاختلف
ومن
هل يتم بعد ذلك ويرفع الرقاع فمن خرج قرعته اخذها الي جانب
الاول سوا تشاح الباقون بعد ذلك في اي الجهتين يبدا بها اولا وانما
هذا اذا لم يتنازع الباقون فان تنازعوا في اي الجهتين يبدا بها
القاسم اقرع بينهما ويكون الباقون من الشركا حين اراد الان انشا
قسمة هل لا حق لا يبقا الا شريكان فيقرع القاسم بينهما ولا يقرع على الجهة
اذ لا معنى لذلك وقوله واصحاب الفرض يصير الواحدة يكونون اولا
كواحد ثم يقتسمون ثانيا • يعني انه اذا كان الشركا بعضهم حصل له الملك
بالشرا مثلا وبعضهم حصل له بالميراث والذين حصل لهم النصيب بالميراث
كانوا اهل وراثة واحدة كما لو كانت الدار بين رجلين فمات احدهما
وخلف ورثة وارادوا القسمة فانه تقسم الدار على صنفين ان كانت
الدار بين الورثة وبين شريكهم انصافا فيجمع حظ الورثة الي جهة ثم
يكون الورثة بعد ذلك بالخيار في القسمة فيما بينهم او في الشركة
وهذا يلاحظ ما تقدم في الشفعة ان الشريك الاخص اولى بالشفعة

من الشريك الاعم وقوله ولا يجمع بين اثنين في القسم بالقرعه • هكذا
قال مالك واختلف اصحابه في فهم مراده بذلك فحمل عليه بن القسم انه
لا يجمع بين اثنين فاكثر في نصيب ولو تراضوا ابن كذ عبد الله قال في زوجه
وبنين ان الزوجه تاخذ في جهة والبنون في الجهة الباقية وان الزوجه
لا تكون في الوسط واستثنى هذه الصورة من عموم المسلة وقال اكثر اصحاب
مالك هذا الذي حمل عليه بن القسم انما يكون مع استوا الانصبا ولو اختلفت
الانصبا حتى كان جماعة ورثه لهم الثلث مثلا ولاخرين الربع ولاخرين
ما بقي او غير ذلك من الاجزا فان اصحاب كل جزء من هذه الاجزا يجمعون
في القسم ثم تكون اصحاب ذلك الجزء شركا يقسمون ما خرج لهم ان شاوا
او يتركونه على حكم شركه غيرهم وقوله بخلاف ما لو قاسم شريكان
ثالثا هذا بيع • هذه المخالفة بينة لان الذي تقدم انما هو في قسمة القرعه
وهذه قسمة مراضاة وقوله هذا بيع بيان لسبب المخالفة فان المعاوضه
بين المتبايعين تجوز برضاهما على اي وجه كان ما لم يعرض فيها مانع
من موانع البيع وذلك مفقود في هذا الموضع وفي كلام المولف اشارة
الى اختياره ظاهر المذهب ان قسمة القرعه ليست ببيع وان قسمة
المراضاه بيع وفي كل واحدة منهما قولان وقد قدمنا ذلك وقوله
القاسم اثنان اولى من الواحد ولا يقبل قولهما بعد العزل • يعني انه
يجزى القاسم الواحد ولكن الاولى اثنان لتردد امر القاسم
بين الحكم والشهادة وقد غلبوا على هذا الموضع شبه الحاكم فلذلك
قالوا لا يقبل قولهما بعد العزل اي بعد عزل القاضي الذي بعثهما والى
هذا يرجع كلام الشيخ اي اسحق بن شعبان وظاهر كلام المولف انه يقبل
قولهما قبل العزل وهو قول بن حبيب وان كان واحدا خلافا لقول
سحنون قال بن حبيب واذا قسم بين ورثه بامر القاضي ثم انفذ
ذلك القاضي واشهد به ثم اختلفوا او نزع بعضهما وتجاوز الى حق
صاحبه ولم يحفظ البينة ذلك واحتاجوا الى شهادة القاسم فان

فانهما

كان هذا الحاكم هو امره بذلك فشهادته وحده في ذلك جايزه اذا كان
الحاكم يعلم ويذكر الان انه امره بذلك بوميذ فليمض اليوم شهادته وحده
على ما وصف وقاله بن الماجشون وكذلك كل ما لا يباشره القاضي من الفعل
والقسم والاحلاف والكتاب والنظر الى العيب وشبهه مما يكون مقبول
القول فيه عنده لان فعله في ذلك كفعله كانوا مترزقين قال بن حبيب
وان لم يكن هذا الحاكم هو الذي امر القاسم فذكر مثل كلام المولف
قال سحنون واذا اشهد قاسمان على ما قسماه بامر قاض او بغير امره
بان كل انسان ممن قد قسمنا بينهم قد استوفى نصيبه فلا تجوز شهادتهما
لانهما شهدا على فعل انفسهما فظاهر هذا انه لا فرق بين القاضي الذي
بعثهما ولا بين غيره قوله وله الاجر ان لم يكن له اجرة من بيت
المال من المقسوم لهم على عددهم وقال اشهب على حصصهم • ظاهر
كلامه ان الاجرة مباحة على القسمة بالشرط الذي ذكره وهو ان لا تكون
له اجرة من بيت المال وظاهر المدونه وغيرها ان ذلك مكروه والقول
بالاباحة معروف على الوجه الذي ذكره المولف وهو القياس وينبغي
ان يتامل ما ذكره المولف من الشرط ومعناه عندي ان يكون الذي جعل
له من بيت المال عوضا عن عمله واما ان كان جعل له ذلك على وجه
الاعانه خاصة فلم يحرم عليه الاخذ من الناس غير انه لا تبعد الكراهة
ثم كون الاجرة بعد ذلك على عددهم او على الحصص فيه تردد والقول
الاول مذهب المدونه واكثر عمل الناس على القول الثاني وقوله
المقسوم هو المشترك عقارا او غيره • هذا صحيح الا ان فيه اشكالا وذلك
ان المولف قدم ان المقصود من هذا الكتاب هو النوع الثالث من
انواع القسمة وهي قسمة القرعه وقسمة القرعه لا تدخل في متشابه
الاجزا من المكيل والموزون كالدنانير والدراهم والطعام وشبههما
وهما من غير العقار وقوله ويقسم كل صنف مفردا • يعني انه
لا يجمع جنسان ولا نوعان متباعدان في قسمة القرعه وحكى بن

او عمر نوترى

المعنى

عبدوس عن اشهب جوازه برضاهم والذي حكاه غيره عنه انه موافق
على هذا الاصل غير انه يخالف بن القسم في مسايل حلافا في حال مثل ما
وقع لابن القسم في المدونه في مسلة النخله والزيتونه بين رجلين قيل له
هل نقسمانها قال ان اعتدلنا في القسم وتراضيا بذلك قسمتا بينهما
ياخذ هذا واحدة وهذا واحدة وان كرهها لم يجبرا وان لم يعتدلا في
القسمة تقاوياها اوباعاها مثل ما لا ينقسم من شجرة او ثوب او عبد
او غيره فقال سحنون ترك بن القسم قوله لا يجمع صنفان مختلفان في القسم
بالسهم وقد كثر كلام الشيوخ على هذه المسلة وسلكوا في الجواب عن اعتراض
سحنون طرفا حتى قال بعضهم انها قسمة مراضاة وهو بعيد لشرطه
الاعتدال وهو غير مشروط في قسمة المراضاة وقيل انما قال ذلك
للضرورة فيما قل كما ان الارض الواحدة تقسم وفيها الودي والكروم
ولو كانت ارض مفترقه لم تجر ولو كثرت ثمار الزيتون والنخل لم يجز
جمعها الى غير ذلك من اجوبتهم ومثل هذه المسلة مما جرت عاده المولف
بالتنبيه عليها **وقوله** وتجمع الدور المتقاربه المكان المستويه
نفاقا ورغبة مهما دعا اليه احدهم وكذلك لو كانوا في ناحيتين من
البلد متساويتين • لا شك ان الدور اذا استوت او تقاربت في المكان
والنفاق ورغبه الناس فيها انها تجمع في القسم ويكون القول قول من
دعا الى ذلك واما ان اختلفت في بعض هذه الوجوه فقال سحنون
اذا كانت احدى الدارين فاعه لم يجمعا في القسم وان كان بنا احداهما
اجود جمعتا اذا كانتا في نمط واحد ونحوه عن بن الماجشون اذا اشتبهت
الدور في بنائها وتقاربت جمعت وقال في المجموعه عن اشهب اذا
كانت داران في نمط واحد جمعتا في القسم وان كان بعضهما اعمر
من بعض كالارضين وقد تكون الدور في نمط واحد ونفاقهما مختلف
مال ومن دار الى الجامع بنمط واحد وهو متباين الاختلاف قال
الباجي والنمط قد يستعمل بمعنى التقارب في الصفة فيقال هذه الثياب

لم يجبر

ولو كان بعضهما

وقد تكون الدور

[illegible]

نمط

نمط واحد قال ويحتمل ان يريد به المحلة الواحدة والتقارب في المكان
واما لو كانت الداران في ناحيتين احداهما بعيدة من الاخرى الا ان رغبه
الناس فيهما واحدة فاشار في المدونة الى ما ذكره المولف هنا وكذلك
نص عليه بن القسم في المجموعه قال الباجي فراعا اشهب تقارب
الدور في النمط وراعا سحنون القرب والتساوي في التقارب وراعا
بن القسم التساوي في النفاق خاصة قال اشهب عن مالك اذا تباعد
ما بين منزلين مثل منزلي هذا ومنزل بالثنيه لم يجمع بخلاف النخل والكروم ايط
واختلف في قسمه العلو والسفل بالقرعه قال اللخمي واذا اختلف قيمه
الدارين فكان بينهما الشي اليسير مثل ان تكون قيمه احداهما مايه والاخرى
تسعين فلا باس ان يقترعا عليهما على ان من صارت اليه التي قيمتها مايه
اعطى صاحبه خمسة لان هذا مما لا بد منه ولا يتفق غالبا ان تكون
قيمة الدارين سوا قال وتجمع الحوانيت بعضها الى بعض اذا كانت
في سوق واحد او سوقين بشرط تقارب الاغراض فان تباينت
ما يرى انه لو علم احدهما انه لا يصير له ذلك لم يرض فلا تجمع قال
ولا تجمع الديار الى الحوانيت ولا الى الفنادق ولا الى الحمامات واما
جمع الفندق الى الحمام فيسل عنه اهل المعرفه فان قالوا انه تتقارب
فيها الاغراض لم تجمع والا جمعت ولا تجمع الحوانيت الى الفنادق وقد يستخف
جمع الحوانيت الى ديار الغله والصغير المحجور بالي من قول المولف
دعا اليه راجع الى الجمع والاحسن ان لو قال وكذلك لو كانت او كانتا
وقوله الا ان تكون معروفه لسكناهم واحدة فتنفرد ان تشاحوا فيها
استثنى هذه الصورة وهي ان تكون الدار معروفه بسكناهم فظاهره
سكنى الشركا ومراده تركه الورثه والمسلة في المدونه بالفاظ مضطربه
والاكثر ممن لقيناه على ما في كتاب بن حبيب ان الرجل الرئيف
اذا هلك وترك دارا كان يسكنها ولها حرمة لسكناه وترك
دورا غيرها وان كانت بالقرب منها فتشاح الورثه في تلك الدار

فاراد كل واحد اخذ حظه منها ان تلك الدار تنقسم بينهم وحدها ان حملت القسم ويعمل في غيرها ماينبغي في القسم وتركنا ما في المدونه وكلام الشيوخ عليه لاعراض المولف عنه **وقوله** وكذلك القرى والحوايط والاقرحه تجمع ما تقارب مكانه كالميل ونحوه وتساوى في كرمه وعيونه بخلاف اليوم • الاقرحه جمع قراح بفتح القاف وهي المزرعه التي ليس عليها بنا ولا فيها شجر قاله الجوهري واستعمل الفقها في المفرد قريحا قال عياض ولايبعد صوابه انكان سمع لقفيز واقفزة وبعير وبعير والبعرة قال عن الخليل القراح من الارض كل قطعه على حيالها من منابت النخل وغير ذلك وقال ابن دريد القراح من الارض ماخلص طيبه **قلت** والذي قاله الجوهري هو القريب لاستعمال الفقها ولايريد المولف ان هذه الانواع التي ذكرها من قرى وحوايط واقرحه تجمع في القسم ولكن كل نوع من هذه تجمع والقول فيها قريب من الكلام في الدور ولذلك شبه المولف احدى المسلتين بالاخرى وقد تقدم كلام سحنون وتفرقته بين المسلتين قال بعض الشيوخ ولا خلاف انه لاتجمع النضح مع البعل ولا مع السيح وقال في المدونه اذا استوت العيون في سقيها لارض جمعت وان اختلفت في سقيها الارض وعزرها قسمت كل ارض وعيونها على حدة وفهم اللخمي اذا كان مشتبها في الفضل وقال ابن مسلمة يقسم البعل مع العيون ولا يقسم البعل مع النضح الابرضى اهله قال اللخمي ولاوجه لهذا لان البعل مع النضح اقرب من البعل مع العين واما الحوايط فاختلافها بحسب القرب والبعد شبيه بما تقدم في الاقرحه والدور والبعل منها جنس واحد ونص مالك على ان الجنس الواحد من النخل يجمع وان كان بعضه صيحاني وبعضه حعرور وارا واستحسن بعض الشيوخ على انه اذا كان في كل نوع منه محتمل للقسم ان يقسم كل نوع على حدة واما اذا اختلفت الاجناس فقال ابن القسم في جنة فيها تفاح ورمان وخوخ واترج وغيرها

من الفواكه

من الفواكه مختلطه يجمع ذلك كله في القسم بالقيمة والسهم قال سحنون هذا استحسان للمرفق باجتماع السهم قال وانا اكرهه هذا ما حكاه الباجي عن سحنون وظاهر ماحكاه عنه ابن يونس انه لايقسم الا بالتراضي قال ابن القسم وانكان كل شي من ذلك على حدة يحمل القسم قسم كل جنان على حدة واختلف في الطيب مع الردي من نوع واحد في الحوايط والاقرحة فظاهر المدونة انه يجمع وظاهر المجموعه انه يقسم كل نوع على حدة قال في المدونة وان ورثوا قريه على اجزا مختلفه ولها ما ومجرى ما ورثوا ماها وارضها وشجرها وشربها قسمت الارض بينهم عند مالك على قدر مواريثهم منها ولا يقسم مجرى الما ويكون لهم من الما على قدر مواريثهم منه فان قلت كيف يضبط قول المولف وعيونه بالبار رعيا لمطابقه قوله وكرمه او بالنون رعيا لكثرة الفايدة فانه يشعر بان البعل لايجمع مع غيره فانه اذا شرط التساوي في ذات العيون كان هذا الشرط لا محاله معدوما في البعل مع غيره **قلت** المعنيان سايغان ولكن الثاني منهما اقرب الى لفظ الروايه فالاولى حمل كلام المولف عليه والله اعلم **وقوله** ولوكان كل صنف من رمان وتفاح وغيره على حدة قسم ان انقسم بخلاف حايط فيه اشجار مختلفه او نخل مختلف فانه يقسم مجتمعا وكذلك يحرم ارض فيها شجر متفرقه • هذا ظاهر التصور وهو المشهور في المذهب وقد تقدم الان قول سحنون على ماحكاه عنه الباجي وابن يونس وهو لما يليق ذكره في هذا الموضع وقد قال في المدونه في الارض التي بها اشجار متفرقه ههنا شجرة وههنا شجرة وارادوا قسمتها فليقسموا الارض والشجر جميعا اذ لو قسموا الارض على حده والشجر على حدة صار لكل واحد شجرة في ارض صاحبه فتبين ان الاصل ماقاله سحنون ولكن ترك للضرورة وهو كالنص فيما حكاه الباجي عن سحنون

بلغ مقابلة بأصله

وقوله ولا ينقسم بحري الماجبر قد قدمنا فوق هذا ما حكيناه عن المدونة
في القرية التي ورثها قوم ولها ما ومجري ما وذلك هو الذي اختصره المولف
ههنا ومعنى كلامه ظاهر مما قدمناه وقوله والبز كله صنف ويضم
اليه ثياب الصوف والاقوية اذا لم يحمل القسمة وقيل اصناف فالقطن
والكتان صنف والحرير صنف والصوف والمرعز صنف ويقسم المخيط مع
غيره • البز من الثياب متاع البزاز قاله الجوهري قال القاضي عياض
وقال صاحب العين هو ضرب من الثياب وقال بن دريد البز انما
هو متاع البيت خاصة من الثياب والقول الاول من القولين اللذين
ذكرهما المولف هو مذهب المدونة وزاد على ما ذكره المولف انه يجمع
الخز والحرير الا انه اطلق في موضع منها الكلام في جميع هذه الانواع
وقال في موضع اخر بعد ان ذكر مثل هذا وهذا اذا لم يكن في كل
صنف من ذلك ما يحمل القسم في انفراده واما ان كان في كل صنف
من ذلك ما يحمل القسم في انفراده فيقسم كل صنف على حدة وقال بن القسم
ايضا في البسط والوسايد لا يجمع مع الثياب والقول الثاني من القولين
اللذين ذكرهما المولف هو مذهب بن حبيب الا انه زاد ان الديباج صنف
لا يضم الى الحرير والخز فانه صنف لا يضم الى فرا القلنليات لبعد اصلاحها
ولا تضم فرا معموله الى فرا غير معموله وقال اشهب في المجموعة كل ما يجوز
ان يسلم واحد في اثنين الى اجل فلا يضم في القسم وما لا يجوز ذلك
فيه فهو صنف يجمع في القسم قال ولو جمع ما يقع عليه اسم بز يجمع ما
يقع عليه اسم دابه فيقسم الرقيق مع الدواب وهذا هو الصحيح عند
سحنون قلت وهو الاظهر عندي والذي وقع في المدونة مقيدا
على الوجه الذي حكيناه ايضا حسن وقد قيل انه لا يجوز جمع الثياب
ولا غيرها من العروض والعبيد في القسمة الا الدور والارضين
واما قول المولف ويقسم المخيط مع غيره فهو ظاهر الروايات ونص
في بعضها الا ما حكيناه عن بن حبيب الان في الفرا وقوله والخيل

قال وفي الجوهر ب

والبغال

والبغال والحمير اصناف • وقال في المدونة يجمع البراذين مع الخيل وعلى
اصل اشهب لا يجمع وخرج لابن القسم من منعه سلم الحمير في البغال منع ابضا
الجمع هنا فاما ما يتعلق بالمعاوضة في ذلك فقد قدمناه في محله من السلم
واما التخريج فضعيف لافتراق البابين عنده الا ترى انه يجمع هنا في
القسمة ما لا يمنع من سلم بعضه في بعض عنده واما العبيد فقال
بن القسم يجمعون وان كان فيهم الصغير والكبير والهرم والجارية
الفارهة وقال محمد يقسم النسا المشتبهات بعضهن ببعض بانفرادهن
والوصفان كذلك والبك التخريج على ما تقدم لابن القسم واشهب
في الثياب وقوله ولا يقسم الثمر مع اصوله ولو كان بلحا او طلعا
ويترك حتى يحل بيعه وكذلك الزرع مع الارض لانه طعام وارض
بطعام وارض • يعني النخل اذا كان فيها طلعا مما فوقه لم يجز قسم
اصول النخل على ان يدخل في القسمة ما في تلك النخل من ثمر وعلى
ان يترك ذلك الثمر حتى يحل بيعه وكذلك الزرع مع ارضه لا يجوز
قسمته على هذا الوجه للعلة التي ذكرها وهي الربا في بيع ارض
وطعام بارض وطعام وكذلك النخل بثمرها غير ان الطلع سابق
على الابار يحكمه حكم المعدوم فكان ينبغي ان يجوز وانما يمتنع اذا
قسمت النخل دونه لانه استثنا لما لم يوبر وهو ممتنع على اصل المذهب
وحكى بعض الشيوخ قولا بجواز المقاسمة في هذا كله على اي وجه
اتفق منها اذا كانت الثمرة لم تبلغ الى ان يحرم منها التفاضل
كالبلح الكبير وخرج منها خلافا بالجواز ولو ازهت الثمرة اذا ادخلت
في المقاسمة والزهو وعلى هذا المعنى يسلك في قسمة الارض بزرعها
وقد علمت ان المشهور في ابار الزرع ظهوره في الارض فيجري في
استثنايه على ما تقدم واما قول المولف ويقسم كيلا فمعناه ان الثمرة
اذا كانت مما يجوز للبايع استثناوها وصح ان يستثنيها الشريكان
في المقاسمة ويبقيا شركة بينهما حتى اذا طابت جذاها وقسماها كيلا

وعدم استثنايه

وقوله ولا يقسم شي مما في روس الشجر بالخرص علي المنصوص وكذلك
البقل القايم الا التمر والعنب اذا حل بيعهما واختلفت حاجة اهلهما فان
امر الناس مضى علي الخرص فيهما خاصة • كلامه هنا صريح في ان الخلاف في
قسم ما في روس الشجر ليس بمنصوص وانما هو عنده مخرج وليس الامر كذلك
وقد ذكر بن القسم في المدونة ان لبعض اصحابه ذكر ان ملكا ارخص
في قسم الفواكه بالخرص فسالته عنه فقال لا اري ذلك قال
ثم سالته عنه غير مرة فابا ان يرخص فيه وقال اشهب عن مالك
في العتبيه والمجموعة ولا باس بقسم جميع الثمار بالخرص من نخل وعنب
وتين وغير ذلك ان وجد وامن يحسن ذلك وطاب وحل بيعه واختلفت
حاجتهم اليه وقال مثله بن حبيب عن مالك واصحابه الا بن القسم واما
قول المولف وكذلك البقل القايم فيعني به انه مثل ما في روس
الشجر فالخلاف فيه مخرج غير منصوص وليس ايضا كذلك بل الخلاف
فيه منصوص قال بن القسم لا يعجبني اذا اختلفت حاجتهم اليه لان
ملكا لم يجوز الخرص فيما يجوز فيه التفاضل مثل التفاح وغيره وقال
اشهب في مدونته يقسم اذا بدا صلاحه وجاز بيعه قال وليس مثل
الزرع لان الزرع يدخله التفاضل ولا يحاط به كما يحاط بخرص الثمار
ويجوز البقل اثنان بواحد ثم اختلفت متقدموا الشيوخ في فهم كلام
بن القسم في البقل فحمله سحنون علي المنع جملة وانكر ذلك بن عبدوس
وقال انما منعه اذا كانت القسمة علي التاخير واما علي الجد فيجوز
قال وهو قول اشهب وتاول ايضا علي المدونة من موضع اخر
وقد قلنا الان ايضا عن اشهب في مدونته انه اجاز ذلك من غير
شرط الجد واما التمر والعنب فاجازه في المدونة كما قاله المولف
وذكر شرطين احدهما ان يحل بيعه ولم يذكر المولف فيه خلافا
وقال اشهب في المجموعة لهم قسم البلح الكبير علي الخرص وان لم
يحل احدهما الا بعد يوم او يومين او ثلاثه او اكثر ما لم يزه فينتقص

القسم

القسم لانه بيع الثمر قبل ان يزهي والشرط الثاني ان يختلف حاجة الشريكين
الى الثمر كما لو اراد احدهما البيع واراد الاخر الاكل او التيبيس لان ذلك
هو الحامل علي الترخيص لهم في الحقيقة ولو اتفقت الاغراض لما كان للقسم
في روس النخل فايدة وقال بن القسم في قوم ورثوا النخل كثيرا او اشتروه فاراد ادوا
قسمته في روس النخل فان اختلفت حاجتهم اليه اراد احدهم اكله بلحا
واراد الاخر بيعه بلحا فلا باس ان يقتسموه بالخرص لان مالكا جعله كالبسر
والرطب في تحريم التفاضل فيه قال فكذلك ينبغي ان يكون البلح بينهما
قال بن عبدوس ولم يرى سحنون هذا اختلاف حاجة اذا كان امرهم
يرجع الى الجد لان الذي ياكل يجد والذي يبيع انما يبيع علي الجد ولا
يتركه لان تركه يبطل القسمة قال الباجي وفي هذا نظر لان الجد يختلف
في التاجيل والتعجيل وزيد شرط ثالث ان يكون المقسوم يسيرا
لان مالكا كرهه في الكثير جدا وراي انه لا تختلف الحاجة اليه
الا في اليسير فعلى هذا الشرط الى الذي قبله قالوا وشرط رابع ان يكون مرجع هدام
المقسوم كله بسرا او رطبا فلو كان منه بسر ومنه رطب لقسم
كل واحد منهما علي انفراده ونص علي ذلك اشهب ولا يضر اختلاف
النوع فيجوز قسمه وفيه العجوة والصيحاني وغير ذلك وكذلك
العنب الاحمر والاسود الا ان ياباه احدهم فيقسم كل نوع علي انفراده
وقد تقدم في كتاب الزكاة السبب الذي لاجله لم يدخل الخرص
عند اهل المذهب فيما عدا التمر والعنب **وقوله** ويسقي صاحب
الاصل وان كانت الثمرة لغيره كبايع الثمرة • يعني ان الشريكين
في الثمرة دون الاصل لا يكون السقي عليهما وانما يكون علي صاحب
الاصل وذلك ان يكونا مثلا اقتسما الاصول دون الثمرة وبقيت
الثمرة شركة بينهما فاذا اقتسما الثمرة فقد يقع سهم احدهما من الثمرة
في الاصل الاخر فقال بن القسم سقي الثمرة علي مالك الاصل لا علي
مالك الثمرة يريد لان القسمة كالبيع وقال سحنون بل السقي

علي من له الثمرة بخلاف البيع قال لان القسمة تمييز حق ولو كان كالبيع لم يكن
علي صاحب الاصل الا ان يسقي نصف ما في اصله ونصف ما في نخل صاحبه
لان الثمرة قد تختلف في الخرص فتعدل ثمرة نخلة بثمرة نخلات فيختلف السقي
والخرص سواء ابطره دون الثمرة فالسقي علي البايع لان المبتاع لا يسلم
اليه حتى يجد البايع ثمرته وقال المغيرة السقي علي مشتري الاصل لانه
سقي نخله فتشرب ثمرة هذا **وقوله** ولقسم ايضا البلح الكبير وان
كان ربويا بعد اختلاف حاجتهم في اكله بلحا وبيعه بلحا فان ترك شي منه
حتى يزهو ابطلت القسمة بخلاف الرطب يترك حتى يتمر • قد تقدم متى هذه
المسالة حيث ذكر المولف الشروط وانما ذكرها المولف هنا وان كان
فيما تقدم من كلامه ما يغني عنها لانها كالمستثناة مما تقدم فصرح بذكرها
هنا وليبين الفرع الذي رتب عليها وهو ان تركها الى الازهاء موجب
لفسخ القسمة واحري اذا تركت الثمرة حتى تتمر بخلاف الزهو والرطب
يترك حتى يتمر وقاس المسلمين في الروايه علي البيع وذلك ان البلح اذا
بيع علي الجد فتاخر جداده حتى ازهى فانه يفسخ واذا بيع الزهو والرطب
علي الجداد او بيع جزافا فتاخر جداده حتى اتمر لم يفسخ بل يجوز بيعه
علي هذا الشرط اذا بيع جزافا قال في المدونه ولا باس بقسم البلح الصغير
بالتحري علي ان يجداه مكانهما اذا اجتهدا حتى يخرجا من وجه الخطا
قال مالك وانما البلح الصغير علف وقال ابن القسم هو بقل من البقول
ويجوز ان يقتسماه وان لم يختلف حاجتهم اليه ويجوز قسمه علي
تفاضل القسمة قال وان اقتسما هذا البلح فلم يجداه حتى صار بلحا
كبيرا فان كان اقتسماه علي التفاضل انتقض القسم وكذلك
ان كان علي التساوي وكان اذا كبر تفاضل في الكيل والا لم ينتقض
وقال اشهب ينتقض القسم علي كل حال قال بعض القرويين ولو
اكل احدهما نصيبه من هذا البلح وترك الاخر نصيبه حتى صار بلحا
كبيرا لم ينتقض القسم لان بيع صغيرة بكبيرة متفاضلا جايز وسوا

كان

ولان الحاجه في البيع دون القسمه قال ابن سحنون واما ما ع اصله مع الاصل

حكها في مح

كان اقتسامهما علي التفاضل اولا وقال ابن يونس ونقل ابو محمد مسله
اذا اكل احدهما حظه وبقي حظ الاخر حتى صار بلحا كبيرا من المجموعه عن
ابن القسم وقال فيها ان كانا اقتسماه علي غير تفاضل او كان اذا
كبر لا يتفاضل فجايز قال ابن يونس وهذا نقل فيه نظر فانظر الاصل
قلت الذي عندنا في نسخة من النوادر علي ظهرها ما يدل علي انها
قريت علي الشيخ ابي محمد رحمه الله ان العطف بالواو لا باو في قوله علي
غير تفاضل وكان وهو معني ما في المدونه فتامله والمسايل التي تتعلق
بفصل المقسوم كثيرة جدا والذي ذكرناه منها هو ما يتعلق بكلام
المولف فلنقتصر عليه **وقوله** المقسوم لهم الشركا • هذا من المعلوم
ضرورة ان القسمة تستلزم تقدم الشركة والشركة لا تكون الا بين
اثنين فاكثر **وقوله** ويجبر من ابى القسمة • يعني ان احد الشريكين
اذا طلب قسمة ما ليس في قسمته ضرر علي واحد منهما قضي له بذلك
ولا اعلم فيه خلافا لرفع ضرر الشركة ولو قيل بانهما اذا دخلا علي الشركة
ولا سيما ان كان ملكهما بشرا وكان القسم مما يبخس الثمن ان يكون
العذر قول من ابا القسمة لكان له وجه وقد قالوا في الدار تقسم
وتترك الساحة لارتفاقهم لا يجبر علي القسم من اباه وبما قلته من
عدم الجبر قال بعض العلما خارج المذهب وانما حملنا كلام المولف
هنا علي انه اراد اذا لم يكن علي واحد منهما في القسمة ضرر لمقابلته
بما يذكر بعده وهو حكم قسمة ما فيه ضرر **وقوله** وفي الجبر
فيما قسمته ضرر كالحمام والرحا روايتان • الاظهر عدم الاجبار
لان هذا الفصل مبني علي رفع الضرر او علي ارتكاب اخف الضررين
ولا شك ان ابقاهما علي الشركة اخف الضررين لانه يمكنهما الكرا
ولا يمكنهما ذلك مع القسمة ولهذا اختار اللخمي انهما لو رضيا بالقسمة
لمنعهما السلطان من ذلك في الحمام وكذلك الدار الصغيره والدكان
ولهذه المسله مثل كثيرة كالجدار والابار والماجل وتتبعها في المطولات

جمع

وربما وجد الخلاف في بعضها على غير ما هو في بعض وقوله وفي
الحصة اليسيرة لا تصلح للسكنى ثالثها يجبر لصاحبها خاصة • معنى هذا
الفرع ان الشي الذي لا يكون في قسمته نوعه ضرر كالدار الكبيرة والارض
الان فيها شركا كثيرين او قليلين لبعضهم حصة يسيرة لا تصلح للسكنى
والمسالة السابقة مفروضة فيما لا يقبل نوعه القسمة الا بضرر كما
قال المولف في الحمام والرحا ففي هذا الفرع ثلاثة اقوال احدها
عن مالك وبن كنانة انه يقسم والقول الثاني لابن القسم انه لا يقسم
والقول الثالث انه ان طلب ذلك صاحب الحصة اليسيرة حكم
لهم بالقسمة وان لم يطلبها هو لم يحكم لهم بالقسمة وهذا هو قول
بن دينار ولمطرف اذا كان لا يحصل لكل واحد ما ينتفع به لم
يقسم وان كان يصير لواحد ما ينتفع به دون الاخر قسمت
قال اللخمي ان كان يريد بالقسم ان بعضهم ينتفع بنصيبه كاهل
فيعطاه ويبقى الاخرون على الشركة فحسن يجمع نصيبهم ويصير الاخرون
كاهل سهم وان كان يريد انه يقسم عليهم فيعطون ما لا ينتفعون
به فليس بحسن وقال بن الماجشون لا يقسم الا ان يصير لكل واحد
منهم ما ينتفع به في وجه ما ولا يشترط خصوص منفعة السكنى والا لم
يقسم والاصل نفي الضرر ولازمه عدم الاجبار على القسمة لكن قول
مطرف حسن على ما فسره اللخمي والله اعلم وقوله ويجبر من ابى
البيع مما لا ينقسم لمن طلبه اذا كانت حصته تنقص مفردة لدفع
الضرر كالشفعة • يعني ان كل ما لا يحكم فيه بالقسمة من ربع وغيره
فاذا طلب بعضهم بيعه واباه غيره قضي لمن طلب البيع واجبر له من
اباه لكن يشترط ان تكون حصة من اراد البيع تنقص في الانفراد
عن حال الاجتماع وجعل الاصل في ذلك الشفعة وليس فيها
كبير حجة هنا اما اولا فلان هذا الحكم عام في الرباع وغيرها
واما ثانيا فلان الشفعة غلب فيها حكم المتمسك بنصيبه من

والشريكين على الاخر وهو ترجيح من غير مرجح الى غير ذلك مما يرد على هذا
القياس والله اعلم ولكن المذهب ما قاله المولف وان كان لبعض الشيوخ
تاويلات واختيارات تتقيد بها المسالة عندهم وذلك ان المذهب
في هذا البيع اذا وقف على ثمن بعد ان سوق جميعه ثم اراد من الشريكين
اخذه بذلك الثمن اخذه به سوا كان طالب البيع او طالب التمسك
وقال الداودي وعليه حمل مسالة المدونة انه لا يكون احق بالمبيع
منهما الا طالب التمسك وحده ونفى ان يكون احد قاله غيره هذا
وقال بن رشد بظاهر المدونة الا في رباع الغلات وما لا يحتاج
الى السكنى والانفراد فانه لا يجبر على البيع من اباه منهما قال لان
رباع الغلة انما يراد منها الغلة وقل ما يحط من ثمن بعضها اذا
بيع على الانفراد بل ربما كان الراغب في شرا بعضها اكثر من
الراغب في شرا جميعها وللخمي في هذه المسالة وفي مسالة الاجبار
على القسمة تفصيل يحصل منه هنا انه لا ينبغي ان يختلف فيما اشتراه
الشركا في بياعات متعددة ويشتري به بعضهم بعد بعض فانه
لا يجبر احدهم على اكمال البيع مع صاحبه لانه كما اشترى مفردا
كذلك يبيع مفردا املا يطلب فيما اشترى ربحا باخراج شريكه من
ماله وما صرح به المولف من اشتراط ان ينقص ثمن الحصة مفردة
خالف فيه بعض الشيوخ وراى ان المعتبر انما هو قصد الاستبداد
وغيره من المقاصد دون نقص الثمن وحيث حكمنا للمريد البيع
بالتمكين منه فهل يخلى الدار والحانوت وغيرها لذلك اذا طلبه احد
الاشتراك او يكتفي بالتزام الساكن الا يمنع من اراد التقليب من
الدخول في ذلك خلاف للشيوخ واخبرني بعض قضاة بلدنا انه
لا يحكم بالاخلا في الحوانيت وشبهها ويحكم به في الدور ونحوها
وفي هذه المسالة من الكلام اكثر من هذا واستيفاوه في كتب الاحكام
وقوله فلو ظهر عيب في وجه نصيبه ولم يفت الثاني فله رد

الجميع • يعني فلو اطلع احدهما على عيب في معظم نصيبه وكان الباقي من نصيبه
لا عيب فيه فله رد جميع ما بيده من معيب وسالم وتنقض القسمة فيبقيان
بعد ذلك على ما كانا عليه قبل القسمة ويحتمل ان تكون الالف واللام من
قوله الجميع راجعة الى جميع المقسوم ويدل عليه قوله باثر هذا فان فات
ما بيد صاحبه والمعنيان متقاربان لانه اذا كان له رد ما بيده ورده
سبب لرد ما اخذ صاحبه كان له رد الجميع في المعنى وهذا موافق لاصل
المذهب في البياعات اذا اشترى ثيابا او غيرها بالعدد او غيره من
ذوات القيم ثم اطلع على عيب في وجه الثياب او اكثرها ان له رد
جميع الثياب واخذ العين وكان له الرد باطلاعه على العيب في وجه ما اخذ
فكذلك يكون له الرد باطلاعه على العيب في اكثره واختلف في
النصف فقيل ليس له ان يرد وهو كالقليل على ما يقوله الا ان قال
اشهب هو كالكثير وقوله فان فات ما بيد صاحبه ببيع او
هدم او بناء رد نصف قيمته يوم قبضه وبقي المعيب بينهما • يعني
فلو كانت المسئلة السابقة بحالها فرد اخذ المعيب ما اخذ وكان
بينهما نصفين وطلب اخذ نصيبه من السالم فوجده قد فات ببناء
وما ذكر معه فان من اخذ السالم يرد نصف قيمته لمن اخذ المعيب
وتكون قيمة السالم وعين المعيب بينهما نصفين وهذا معنى ما في
المدونة الا انه قال فيها ان من اخذ السالم يرد قيمته اذا فات
فيقتسمانها ومراده ما ذكرناه وقال فيها ايضا ما قاله المولف
ان هذه القيمة يوم القبض فان كان معناه ان يوم القبض هو
هو يوم القسم فصحيح والا فانظر هل يقال ان البيع صحيح فلزم
فيه القيمة يوم البيع وهذا بيع صحيح او يقال لما انتقضت القسمة
انتقض البيع فلا يضمن الا ما قبض يوم القبض ان فات وتبقى
الرواية على ظاهرها وانظر ايضا هل يفوت بذلك على المشهور
وقد اشار بعضهم الى وجود الخلاف في ذلك هنا وقوله فان فات

يوم قبضه

ما بيده

ما بيده رد على صاحبه نصف قيمته وكان السالم بينهما يعني فان فات
ما بيد من اخذ المعيب وكان العيب في اكثره او في وجهه فانه يرد نصف
القيمة يوم القبض على ما تقدم وياخذ نصف السالم فياخذ نصف السالم
والمعيب ثم ما زادته قيمة السالم على قيمة المعيب والفوات في المعيب لا يكون
بحوالة الاسواق وقال ابن حبيب عن مالك اختلاف الاسواق في ذلك
فوت في جميع الاشياء الا في الدور والارضين قال الشيخ ابو محمد فوت
المعيب بحوالة الاسواق ليس بقول مالك وقوله فان كان في غير وجهه
رجع بنصف المعيب مما في يده ثمنا وبقي المعيب بينهما فان كان سبع
ما بيده اخذ نصف سبع ما بيد صاحبه • هذا الكلام مقابل لصدر
المسئلة وهو قوله فلو ظهر عيب في وجه نصيبه والذي هنا هو اذا ظهر
عيب في غير وجهه ويدخل تحته الاقل والنصف وقد قدمنا ان
في النصف قولين وذكر المولف انه يرد نصف المعيب اي اذا كان
قائما ثم يرجع في قيمة نصف ما قابله من السالم ويكون الجزء بينهما وهذا
لا يعم جميع الصور وانما يتناول منها اذا كان العيب متميزا في
جهة عن السالم واما ان كان العيب يعم جميع ما اخذ احدهما لكنه
ينقص من ثمنه يسيرا فلا يتاتى رد شيء منه على من اخذ السالم
لكن يرجع عليه بنصف قيمة ما زاده السالم على المعيب وهذا الذي
قلناه في العقار لانهم في المشهور لم يمكنوا المشتري من رده بكل
عيب كما مكنوه في غيره وقال اشهب في مسئلة المولف لا يرجع
صاحب المعيب شريكا مع من اخذ السالم بالقدر الذي وجب له الرجوع
به وقال ابن المواز اذا استحق مما في يد احدهما شيء انتقض القسم ولم
يفرق بين قليل ولا كثير وقول محمد هذا وان كان موضعه ما ياتي
بعد هذا ولكن له تعلق بهذا الموضع وفي هذا الفصل ذكر اللخمي
واختار هو ان القسمة اذا كانت بالتراضي فالحكم على ما قاله
ابن القاسم وان كانت بالقرعة كان القول قول من دعي الى نقض

ب وكذلك ان كان النصيبا فاما معا فرجع على من اخذ السالم بنصف قيمة

القسمة ولو كان المعيب يسيرا قال لان زوال ذلك من يد احدهما
بالرد بالعيب او بالاستحقاق يبين ان القرعة وقعت في غير موضعها
وانها لم تعتدل قلت والذي قاله ظاهر بشرط ان يكون الحكم
في غلط القاسم نقض القسمة **وقوله** وان استحق بعض معين فقال ابن القاسم
كالعيب وقال مالك الا ان يكون كثيرا و لم يفت الباقي فله ان يكون
شريكا لصاحبه بقدر نصف ذلك مما في يده • معنى هذا الكلام ان الشركا
اذا اقتسموا دورا بينهم فاستحق من حظ احدهم شيا معينا ليس من
من دار او استحق دار من دور فان كان هذا المستحق هو جل حظه
او اكثره فقال ابن القسم تنتقض القسمة فيكون ما بقي بعد الاستحقاق
مع جميع ما بيدهم او بيد الاخر ان كانا اثنين شركة وان كان هو
المستحق هو النصف او الاقل رجع علي صاحبه بنصف قيمة ما قابل
الجز المستحق من نصيب الذي لم يستحق من يده شي هذا معنى ما نسبه
المولف الي ابن القسم وظاهر كلامه سوا كان الباقي علي حاله او
فات ووافقه مالك علي ذلك الا في الاستحقاق الكثير وظاهر
كلامه عدم انتقاض القسم جبرا ولاكن يكون الخيار في ذلك للمستحق
من يده وفي تمسكه بما بقي بيده ويستوي استحقاق اليسير والكثير
اذا لم يختر النقض وظاهر كلام اشهب انه لا ينتقض القسم باستحقاق
بعض نصيب احدهما كثيرا كان ذلك المستحق او يسيرا والذي
نسبه لابن القاسم هو ظاهر المدونة وله فيها ايضا في شريكين اقتسما
دارا بينهما بالسوا فاخذ احدهما ربعها من مقدمها واخذ الاخر ثلاثة
ارباعها من موخرها فاستحق نصف نصيب احدهما لم ينتقض
القسم قال ورجع علي صاحبه بربع قيمة ما بيده وقال بعض القرويين
الذي تحصل عندي في وجود العيب او الاستحقاق يطرا بعد القسم
ان ينظر فان كان ذلك كالربع فاقل رجع بحصة ذلك ثمنا وان
كان ذلك كالربع فاقل فوق النصف انتقض القسم وابتدياه وان

وان

وان كان نحو النصف او الثلث فيكون بحصة ذلك شريكا فيما بيد صاحبه
ولا ينتقض القسم واستحسن هذا التحصيل ابن يونس الا انه استشكل مخالفته
لقوله في بعض مسايل المدونة رجع علي صاحبه بربع قيمة ما بيده قال ولو
قال في المدونة ربع ما بيده لاستوت المسايل **قلت** وقد رويت
هذه المسلة علي الوجه الذي تستوي به المسايل فانظره في التنبيهات
ومسايل هذا الفصل اطال شراح المدونة الكلام عليها وما ذكره
المولف منها هو اللايق بكتابه فان كان المستحق شايعا فلا كلام لواحد
من الشريكين علي صاحبه لانه استحق من نصيب احدهما مثل ما استحق
من نصيب الاخر ولذلك لم يبين المولف حكمه وان كان لقسمه
بشير اليه بقوله وان استحق بعض معين **وقوله** ولو ظهر دين او استحق
او احدهم مراد ابه فسخت • يعني ان الورثة اذا اقسموا دورا او شبهها
من غير العين ثم اطلعوا علي دين علي الميت فانهم ان طاعوا باداء ذلك
الدين مضت القسمة وان ابوا من اداء الدين او رضي بذلك البعض
وابا منه البعض فسخت القسمة لوجوب قضا الدين قبلها لقوله
تعالى في المواريث من بعد وصية يوصى بها او دين وقد يدل
قول المولف لو ظهر علي انهم لو اقتسموا التركة مع علمهم بالدين لفسخ القسم
بينهم وان رضوه علي ما قيل في ذلك وانما نبهناك علي هذا هنا لانه
متعلق بلفظه فتامله **وقوله** وما تلف بسماوي فهدر ومعنى سهم
لغير محاباة ويوفي دينه مما وجد ويتراجعون • يعني انا اذا حكمنا
بفسخ القسمة جري الامر فيما بايديهم اذا هلك علي حكم الاستحقاق
وقد علم ان المستحق من يده اذا لم يكن غاصبا انه لا يضمن ما
هلك بيده بسبب سماوي ولا يقال علي هذا التقدير فيلزم
ان لا يمضي البيع ولو كان بغير محاباة لان للمستحق نقض البيع لانا
نقول شبهة الاستحقاق التي قلناها انما منعناها ان
قصارا الامر هنا شبهة الاستحقاق لا انه استحقاق حقيقة

لان حق المستحق يتعلق بعين الشي المستحق وحق الغريم هنا انما تعلق
بالتركه من حيث الجمله الا ترى انه اذا تطوع احد بدفع الدين لزم
ذلك الغريم قبوله بخلاف الاستحقاق فلذلك لم يكن له حق في نقض
البيع السالم من المحاباة وربما كان الثمن الذي باع به الوارث اكثر
من قيمة المبيع الا ان هذا كله اذا كان الدين الطاري يستغرق التركه
فان كان لا يستغرقها فللغريم ان ياخذ دينه ممن وجده من الورثه
ولهم الرجوع بعضهم على بعض وهذا هو مراد المولف بقوله ويوفى
دينه مما وجد ويتراجعون فان قلت هل في قول المولف بمعنى
بيعهم بغير محاباة دليل على ان المحاباة كالهبه وان الهبه لا تنتقض
اذا وقعت من احدهم قلت دلك محتمل لان من باع سلعة بدون
ثمنها واهب لبعض تلك السلعة فقد يقال انما وهب جز ثمنها لا
جزئها والاول اقرب وقد اختلف هل يضمن الواهب والمتصدق
والمعتق في هذه المسلة وكذلك البيع فقال ابن حبيب يضمن بذلك
فيدفع للغريم ولا يرجع على الموهوب له ولا على المشترى بشي
وذهب اشهب وسحنون الى انه يضمن فيرجع الغريم على الموهوب
له ويرد العتق فان ادعى احد الورثه تلف ما اخذ ولم تقم بينه
على صدقه فيصدق فيما لا يغاب عليه مع يمينه ولا يصدق فيما يغاب
عليه من العروض واختلف اذا قامت البينه بتلف العين وشبهه
من المكيل والموزون على ثلاثة اقوال احدها انه يبرا والثاني
انه لا يبرا والثالث الفرق بين العين وغيره فلا يبرا في الاول
ويبرا في الثاني **وقوله** وقال سحنون لا ينفسخ ويباع مما بقي
بيد كل واحد منه او من عوضه بنسبة ما ينوبه الى قيمته يوم
البيع للدين او يفديه بما ينوبه ومن تعذر اخذ من غيره الى منتهى
ما بيده ويتراجعون • معنى هذا الكلام ان سحنون خالف في فسخ
القسمه اذا امتنعوا او امتنع احدهم من اداء ما ينوبه ويرى ان

اللازم

ان اللازم حينيذ ان يباع ما بيد كل واحد منهم من نصيبه الذي اخذ
بنسبه ما ينوبه من الدين وتكون هذه النسبة معتبرة يوم الحكم
وهذا هو معنى قوله الى قيمته يوم البيع للدين هذا كله على رايه اذا بقي ما
اخذ من التركه بيده واما ان باعه فيلزمه من عوضه نسبه ما كان يلزمه
من الدين ان لو اقتسموا الدين عليهم ورضوا باداه ما لم يكن الذي
اخذ في العوض بغير محاباة اقل من منابه من الدين فانه يخير في
ذلك او في اداء ما ينوبه من الدين على الوجه الذي قلناه الان وهو
مراد المولف بقوله او يفديه بما ينوبه وفيما ذكره المولف عن
سحنون ان الدين اذا لحق لم ينتقض القسم وهو تعبير حق ليس
بيبع والدين شايع في جميع ما بايديهم ويكون على جميع الورثه لا على
قدر مواريثهم فيضرهم اذ قد يكون احدهم غبن في القسم او تغير
سوق ما بيده فيودي اكثر مما بيده ولكن يقوم ما بيد كل واحد
يوم البيع للدين ويقسم عليه الدين مما وقع على كل واحد بيع مما بيده
بقدره ولكل واحد ان يفتك ما يباع عليه باداء ما ينوبه واذا
كان في البيع من نصيب كل واحد ضرر على طالب الدين لطوله
وكان بيع ما بيد احدهم احضر ثمنا فليبع ما هو اجزله مما هو بيد
احدهم ثم يرجع على اخوته بقدر ما كان ينوبهم من الدين يوم
قضاه وقال اشهب مثل قول سحنون الا انه قال يفض الدين
على الاجزا التي اقتسموا عليها زادت قيمتها او نقصت ما كانت
قايمة ما لم تفت وقال بعض الشيوخ اختلف اذا كان الدين
يستغرق بعض الحاضر والقسمه بالقرعه وقد هلك ما اخذ بسماوي
فقيل لا يرجع من استحق ذلك من يده ولا يرجع عليه وقيل يرجع عليه
ولا يرجع وقيل يرجع ويرجع عليه واما قول المولف ومن تعذر
اخذ من غيره الى منتهى ما بيده ويتراجعون فمعناه ما ذكره
ابن يونس عن سحنون فوق هذا واذا كان في البيع من نصيب

كل واحد ضرر الي اخو غير ان كلام المولف يدل علي انه لاينتقل
الغريم عن احدهم بما ينوبه الي غيره الا عند التعذر وكلام سحنون
هذا له ذلك بمجرد الضرر والضرر اخف من التعذر فتامله قال
بن القسم في المدونة واذا جني علي الرقيق بعد القسم قبل لحوق الدين
ثم لحق الدين فان جميعهم يتبع الجاني لانتقاض القسمة بلحوق الدين
وقال اشهب هذا ان اخذ الدين من جميع الورثة واما ان اخذ
احدهم فانما يرجع هو وحده علي الذي صار له ذلك العبد بما يصيبه
من العبد وله من الجناية بقدر مصابته من العبد **وقوله** ولو
ظهر وارث والمقسوم لدار فله الفسخ • هذا ظاهر لان حق هذا
الطاري عند كل واحد منهم بعينه فيما في يديه فلو لم تفسخ القسمة
لتميزت حقوقهم دون حقه وذلك باطل الا ان يرضي بمشاركة
كل واحد منهم **وقوله** وان كان المقسوم عينا رجع عليهم
ومن اعسر فعليه اذا لم يعلموا به وقال اشهب من اعسر فعلي الجميع •
وهذا ظاهر ايضا اذا كانوا املياء لانه شريك لكل واحد منهم
فياخذ منه ما ينوبه واما ان وجد بعضهم عديما فقال مالك
وبن القسم واصبغ انه مثل ما اذا وجدهم املياء يتبع كل واحد
منهم بما ينوبه وقال اشهب وبن عبد الحكم ان الطاري يقاسم
كل من وجد من الورثة مليا ما صار له حتي كانه لم يترك الميت
غيرها ثم يتبعان بقية الورثة فمن ايسر دخلوا معه وساووه
هكذا حتي يعتدلوا وهذا هو مراد المولف بقوله عن اشهب من
اعسر فعلي الجميع قال بن المواز فان نزل علي هذا امراة وابنا
فاخذت المراة الثمن والابن ما بقي ثم طرات زوجة اخري
فوجدت صاحبتها عديمة والابن مليا فلترجع علي الابن بثلث خمسي
ما صار اليه وهو جزء من خمسة عشر مما في يديه لان له اربعة
عشر من ستة عشر ولكل واحدة من الزوجتين سهم ثم يرجعان

علي الزو

الزوجة بنصف ما اخذت وكل ما وجدا عندها من ذلك اقتسماه علي خمسة
عشر حتي يستوفياه **وقوله** ولو ظهر موصا له بنصيب فكالوارث
وبدنانير وشبهها فكالدين وقيل كالدين مطلقا • يعني انه اذا طرا موصي
له علي الورثة فان كان اوصي له بدنانير وشبهها فهو كالطاري والدين
عليهم لوجوب بيع التركة او بعضها للوصية كما تباع للدين وان كان
اوصي له بجزء كالثلث او الربع ففي ذلك قولان احدهما وهو مذهب
المدونة ان ذلك كطارئ وارث علي الورثة لانه ليس بمقدم عليهم
في المعني الا تري ان له الثلث ولهم الثلثان والقول الثاني
انه كالطاري الدين لقوله تعالي من بعد وصية يوصي بها او دين
والذي حكاه بن حبيب عن اشهب في قسمة العين والطعام وما
يعرف بعينه مثل قول بن القاسم قال ولو اقتسموا عروضا او رقيقا
لشارك كل واحد منهم فيما بيده الا ان يكون لو قاسمهم اياها علي
اجتماعهم اجتمع له حقه في شي واحد او اثنين قال الشيخ ابو
عمران عن الشيخ ابي الحسن القابسي اذا ترك الميت ثلاث مائة
دينار عينا وترك ثلاث بنين واخذ كل واحد منهم مائة ثم طرا
موصي له بالثلث فوجد الابنين قد اتلفا المائتين ووجد في
يد الثالث مائة فصاحب الوصية اولي بها لانها عين شي
الميت قال وقاله بن المواز وقال بن المواز انظر كانه راي ان
التركة اذا كانت كلها عينا صار كالموصي له بتسمية بخلاف
العرض **قلت** الذي قاله الشيخ ابو الحسن رحمه الله مخالف
لظاهر المدونة الا تراه قال فيها عن بن القسم واذا طرا وارث
او موصي له بثلث بعد القسم والتركة عين او عرض فانما يتبع
كل وارث بقدر ما صار اليه من حقه ان قدر علي قسم ما بيده
من ذلك ولا يتبع الملي بما علي المعدم وليس لغريم طرا علي ورثه
ولكن لغريم طرا علي غرما **وقوله** ا**لقراض** اجارة علي

فان كان

التجر في المال بجزء من ربحه • ما الذي ذكره هو معناه في الاصطلاح واما
اللغة فقال الجوهري المقارضة المضاربة وقد قارضت فلانا قراضا
اي دفعت اليه مالا ليتجر فيه ويكون الربح بينكما على ما تشترطان والوضيعة
على المال قال بعضهم واهل الحجاز يسمونه القراض واهل العراق يسمونه
المضاربة ولا يقولون قراضا البتة من قوله تعالى وآخرون يضربون
في الارض يبتغون من فضل الله ومن قوله تعالى واذا ضربتم في الارض
وقال القاضي عياض يسمى بالوجهين واما تفسير المؤلف لحقيقته
العرفية بما ذكره فقصوره كلامه بين واورد عليه بانه غير مانع لدخول
هذه الصورة من الاجارة في مسمى القراض الاموي انه من أجّر رجلا على
ان يتجر في مائة دينار دفعها اليه سنة بثلث ربحها فان رسم المؤلف
ينطبق عليها وايضا فان هذه الصورة التي فسر بها لا تكون قراضا
ولا اجارة اما القراض فلانه لا ينعقد بلفظ الاجارة واما الاجارة
فظاهر لانها اجارة بعوض مجهول فربما كان هناك ربح وربما لم
يكن ويتقدر ان يكون مقدره مجهول ايضا فصار كانه يقول القراض
اجارة مجهولة واجيب بان معنى القراض هو الاجارة على الصفة
المذكورة ولكن هذا المعنى لا ينعقد بكل لفظ بل بلفظ القراض وغيره
من الالفاظ التي يذكرها الفقها وانعقاده بتلك الالفاظ ليس من
تصوره في شي وانما هو من احكامه فيرجع ذلك الى التصديق والكلام
الان في التصور وبهذه الطريقة يندفع كثير من الاسولة عن
التعريفات فتامله قال غير واحد ولا خلاف في جواز القراض
بين المسلمين من حيث الجملة قال ابو عمر بن عبد البر وكان القراض
في الجاهلية واقره الرسول صلى الله عليه وسلم ونقلته الكافة
عن الكافة كما نقلت الدية وشبهها وقد ذكر الايمة من اهل
المذهب والشافعية في كتبهم على سبيل التانيس بالاثار قضية
عبد الله وعبيد الله ابني عمر التي ذكرها الامام في الموطا وانهما

خارجا

خرجا في جيش الى العراق فلما قفلا مرا على ابي موسى الاشعري وهو
امير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو اقدر لكما على امر انفعكما به
لفعلت ثم قال بلى ههنا مال من مال الله اريد ان ابعث به الى امير المومنين
فاسلفكماه فتبتاعان به من متاع العراق ثم تبيعانه فتؤديان راس المال الى
امير المومنين ويكون لكما الربح فقالا وددنا ففعل وكتب الى عمران
ياخذ منهما المال فلما قدما باعا فاربحا فلما دفعا ذلك الى عمر قال
أكلّ الجيش اسلفه مثل ما اسلفكما • قالا لا فقال عمر ابنا امير
المومنين فاسلفكما ادّيا المال وربحه فاما عبد الله فسكت واما
عبيد الله فقال ما ينبغي لك يا امير المومنين هذا لو نقص المال او
هلك لضمناه فقال عمر ادّياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله
فقال رجل من جلساء عمر يا امير المومنين لو جعلته قراضا فقال قد
جعلته قراضا فاخذ عمر راس المال ونصف الربح واخذ عبد الله
وعبيد الله ابنا عمر نصف الربح ويقال ان الرجل الذي اشار الى
عمر بان يجعله قراضا هو عبد الرحمن بن عوف وهذا مما يدل على ان
القراض كان معروفا عندهم معروفا منه قال الغزالي ولعل
مستندهم فيه صحة المساقاة اذ كل واحد منهما معاملة يحتاج
اليها رب المال لتنميته وهو عاجز عنه بنفسه لقصوره عن
استيجار غيره قلت وقول ابي عمر الذي قدمناه ان النبي
صلى الله عليه وسلم اقره مع الاجماع الذي نقله غير واحد غني عن
القياس على المساقاة وعلى غيرها وايضا فان القراض متفق على
صحته والمساقاة مختلف فيها وقوله المال نقد معين معلوم
مسلم • هذا احد اركان حقيقة القراض وقد انطوى الرسم عليه
حيث قال اجارة على التجر في المال وتبيين احكام هذه القيود
من كلام المؤلف عليها الان واحدا واحدا وقوله فلو كان
غير مسكوك يتعامل به جاز • حكى بعض الشيوخ اتفاق المذهب

متاعا

علي ذلك قال مالك في كتاب محمد قد عمل الناس بالقراض قبل ان تضرب
الدنانير والدراهم ويرد العامل اذا نض مثل راس المال الذي اخذ وقوله
ويجوز بالمغشوش علي الاصح • الاقرب ان كان غشا معلوم العدد كالثلث
او الربع فيجوز والامر فيه اخف منه في الفلوس وبالمنع قال الشافعي
وقال ابو حنيفه ان كان الغش النصف فاقل جاز وقوله وفي
التبر روايتان ورجع عنه • يعني ان قول مالك اختلف في جواز
القراض بنقر الذهب والفضه اذا لم يكن التعامل بها بالبلد واجازه
ثم رجع عنه الي المنع قال بن القسم وقد ذكر بعض اصحابنا ان مالكا
سهل في القراض بنقر الذهب والفضه فسالت مالكا عن ذلك
فقال لا يجوز واجازه بن وهب وروي عن بن القسم الكراهه قال
بن القسم فيما رواه عنه بن المواز علي القول بالمنع فان نزل بالنقر فعمل
به فربح او خسر امضيته علي ما تقاررضا وقال اصبغ لا يفسخ ان نزل
عمل به او لم يعمل وقال بن حبيب ان عمل به واراد المفاصله رد مثلها
ان عرف وزنها وان لم يعرف فراس المال فيها الثمن الذي بيعت
به او العدد الذي خرج في ضربها الا ان يكون قال له بعها
واستضربها فراس ماله ما باعها به او ما خرج في الضرب عرفا
وزنها او لم يعرفاها وان وزنها وشرط ضربها او صرفها ففعل
فللعامل اجرته في الصرف او الضرب ان كان لذلك موئنه ثم هو
فيما حصل علي قراض مثله قال بعض القرويين ما الفرق بين اشتراطه
ذا فعها ضربها او بيعها وبين عمله ان مآل امرها الي ذلك قال
الا ان يريد ان من شرط بيعها اراد ان القراض يكون بعد نضوض
المال ومن لم يشترط ذلك جعلها قراضا يوم دفعت ومثلها لا
تتغير ولا تختلف اسواقها وذكر بن الجلاب عن مالك روايتين
في القراض بالحلي وقوله وفي الفلوس قولان القول بالمنع
لابن القسم في المدونه والجواز لاشهب واختلف فيه قوله وقيل بالكراهه

واجازه

واجازه لبعض المتقدمين من اهل المذهب ان كانت الفلوس قليله لشبهها
بالعين حينئذ ومنعه بالكثير لانه كالعروض وبالمنع قال الشافعي
وابو حنيفه والثوري والليث وبالجواز قال محمد بن الحسن بشرط
ان تكون نافقه كالدنانير والدراهم وهو الاقرب عندي وطريان
الفساد والكساد عليها نادر في بلد جرت المعامله فيه بها فان
وقع القراض بها فسئل عنه بن القسم في كتاب محمد فسكت وقال
محمد القراض بالنقار اخف والفلوس كالعروض قال الباجي
وهذا يقتضي الفساد ويكون له الاجره في بيعها وفيما نض من ثمنها
قراض المثل وقال اصبغ هي كالنقار وقد تقدم كلامه فوق
هذا في النقار وقال بن حبيب نحوه ويرد فلوسا مثلها الا ان
يكون شرط عليه ان يصرفها بالدنانير لدراهم ويعمل بالدراهم
فياخذ اجرة صرفه ثم هو علي قراض مثله في الدراهم فان دفع اليه
دنانير ليبيعها بدراهم ثم يشتري بالدراهم ويكون راس المال
الدنانير لان بيعها بدراهم والشرا بها من حسن النظر جاز ذلك
وان كان علي ان راس المال هو الدراهم منعه بن القسم واجازه اشهب
وتاوله اللخمي علي ان اجر البيع لها الشي اليسير قال فان كان له قدر
لم يجز الا ان يكون المقارض لا يتولي بيعها وانما يجلس عند من يتولي
بيعها فيجوز وقوله فلو عمل بالعرض فله اجر مثله في بيعه وقراض
المثل • لما تكلم علي الفروع التي تتعلق بالقيد الاول وهو قوله
نقدا عقبها بالكلام علي عدم ذلك القيد وهو ان يكون راس
المال عرضا وقد اطبق العلما علي المنع منه وحكي عن بن ابي ليلي
انه اجاز ان يدفع ثوبا ليبيعه فما كان من ربح فبينهما نصفين
وانما منع من ذلك الجمهور للجهاله في راس المال ولانه قد تختلف
الاسواق في العروض الي الرخص فيغبن رب المال او الي الغلا
فيغبن العامل فتحدث المولف هنا في حكم هذا الفرع من القراض

الفاسد وان كان ياتي لم حكم ذلك بعد هذا فقال له اجر المثل
في بيع العرض وقراض المثل في ثمنه ومراد المولف هنا بالعرض ما عدي
النقد وما ذكره سوا كان مثليا او مقوما والذي ذكره هو مذهب
المدونة وقيل له اجر مثله وقيل قراض مثله وقيل ان جعلا راس المال
الماخوذ اولا ليرد مثله او قيمته كان اجيرا لانه غرر وان كان
جعلا راس المال الثمن الذي باع به كان علي قراض مثله واختاره
اللخمي ان له جعل مثله وقراض مثله وقيد المنع بان يكون لبيع العرض
اجرة معتبرة بخلاف اجرة لا خطب لها علي نحو ما تاول عليه مذهب
اشهب في الصرف علي ما ياتي منا وظاهر كلام المولف انه لا فرق بين ان
يدفع اليه العرض ليكون راس مال وبين ان يكون ثمنه هو راس
المال وكذلك نص عليه ابن حبيب ومثله لمحمد قال ابن حبيب فان
باع المقارض ذلك العرض بعرض ثم باع الثاني بعين ثم عمل فانما كان
انما قال له بعه واعمل به قراضا فراس ماله الاكثر من قيمة العرض
الاول او من ثمن الثاني وله اجره في بيعه الاول لا في الثاني قال
ابو محمد وانما له اجر في الاول عندي اذا اجاز بيعه اياه بالعرض
واختار ثمن الثاني اذ هو اوفر من القيمة واما ان اختار قيمة
الاول اذ هي اوفر فلا اجر له لانه تعدا قال ابن حبيب ولو قال
له خذه واعمل به قراضا والمسلة بحالها فراس ماله قيمة العرض
الاول يوم باعه بالعرض قال وله اجره في بيعه الاول
ولا ينظر في الثاني الي ثمن ولا قيمة لانه من تجارتهما بعد قال
ابو محمد وهذا اذا باع الثاني باكثر من قيمة الاول فاما لو باعه بمثل قيمة
الاول او اقل لم يمضي شيئا ولم يكن راس المال ما باع به الثاني
وقال غير واحد ان كون قيمة العرض الاول راس مال القراض
مناف لان تكون له اجرة في بيعه لانه متعد في بيعه العرض الاول
بعوض وقال بعض الشيوخ ان اصل ابن القسم ان له اجرة في بيع العرضين

اذا

معا ثم يكون علي قراض المثل من الوقت الذي صار عينا **وقوله**
وكذلك لو وكله علي دين وقارضه به • يعني انه لا يجوز لرب المال ان
يقول للعامل اقبض ديني من فلان واعمل به قراضا لانه زيادة ازداد
رب المال علي العامل قبل عمل القراض وهي التقاضي كبيع العرض
في المسلة السابقة واجاز اللخمي ذلك اذا كان الدين علي حاضر موسر
غير ملد ولم يبق الا اجتماع العامل بمن عليه ذلك الدين قال ولا فرق
اذا كان العزم علي هذه الصفة بين ان يقبض المال من رب المال
ولا من غريمه والذي قاله ظاهر بنا علي تاويله قول اشهب في الصرف
وقد تقدم **وقوله** وكذلك لو وكله علي صرفه • قد تقدم معني
هذه المسلة وما فيها من الوفاق والخلاف وهذا اخر ما يتعلق بالقيد
الاول وهو كون راس المال نقدا **وقوله** ولا يجوز بدين ولو احضره
ما لم يقبضه ويسمو دينا خلافا لاشهب • يعني انه لا يجوز ان يكون
راس مال القراض دينا لرب المال علي العامل لما يودي اليه
من فسخ الدين في الدين لان العامل يرضي بالصبر عليه الي اجل
ليزيد رب المال في عدد ذلك الدين ويقبل الزيادة دين
فان وقع واحضر الدين قبل التجر فيه واشهد علي وزنه وزال
عن ضمانه وقبض منه كان الربح بينهما والخسارة علي رب المال
في راس ماله وان احضره ولم يقبضه ربه فالجاري علي قول
ابن القسم انه مثل ما لو لم يحضره وهو مراد المولف بقوله ولو احضره
ما لم يقبضه فان وقع علي الصورة التي لا ينبغي فقال ابن القسم ليس
لرب المال الا راس ماله والربح والخساره للعامل وعليه وهو
مذهب الشافعي ونحوه لابي حنيفة وقال القاضي عبد الوهاب
في الغاصب يرد المال فيقول ربه لا اقبضه ولكن اعمل به قراضا
انه جائز فقال بعضهم انه مخالف لقول ابن القسم وقال الباجي
لعل الغاصب احضر المال متبرعا والغريم لم يحضره متبرعا

ولو احضره لكان مثله واختلف النقل عن اشهب فحكى عنه اللخمي ان الربح
بينهما قال وعلى هذا تكون الخسارة على رب المال وحكى عنه غيره مثل هذا
نصًا الا انه قال هو مكروه فان نزل مضى وحكى عنه ابو عمر بن عبد البر
وعن ابي يوسف ومحمد بن الحسن ما اشترى وباع فلرب المال وعليه وللعامل
اجر مثله وتاول عليه الشيخ ابو اسحق التونسي خلاف ما تاول اللخمي ان
الخسارة تكون على العامل ولا يصدق لان ذمته لا تبرا من الدين
الا ببينة وهذا الفرع مبني على الاخراج من الذمة الى الامانة وهو من
الفرعين الذي بعده مما يتعلق بالقيد الثاني من القيود المذكورة
وقوله ولا بالرهن بيده او بيد امين • يعني ان العين اذا كان رهنا
فلا يجوز ان يدفع راس مال القراض للمرتهن سوا كان تحت يده او
تحت يد امين لانه اذا كان تحت يد المرتهن فالامر فيه دائر بين
مسئلة الدين يكون له عليه فيقول له اعمل به قراضا ومسئلة الوديعة
وسياتي الكلام عليهما واما اذا كان بيد امين فيشبه ما اذا قال
للعامل اقبض الدين الذي لي على فلان واعمل به قراضا وقد تقدم
الكلام عليه ان قبض الودايع ايسر من تقاضي الديون واما ان
قال لمن تحت يده الرهن اعني الامين اعمل به قراضا فلا شك انه
راجع الى القراض بالوديعة وفي معنى القراض بالرهن القراض
بالعارية قال ابن المواز ومن اعرته دنانير فلا تدفعها اليه قراضا
حتى تقبضها **وقوله** ولا بالوديعة وقيل يمضي بالوديعة • يعني انه
لا يجوز ان يقول رب الوديعة للمودع اعمل بالوديعة قراضًا وهذا
القول ماول على المدونة وقال به بعضهم والقول الثاني الذي
ذكره هو لاشهب وظاهر ما في العتبية عن مالك الكراهة ابتدا فان
نزل مضى وفرق ابن حبيب بين ان يكون المودع ثقة فيجوز وبين ان لا يكون
ثقة فيكره وقال ابن المواز لا باس به ولم يفصل والاظهر ما قاله ابن
حبيب والله اعلم ووجهه ظاهر فان قلت لاي شي كرر المولف المجرور

وهو

وهو قوله بالوديعة وهلا اكتفى بقوله وقيل يمضي بالوديعة **قلت**
لو لم يكرره لاحتمل عود هذا القول الى جميع ما تقدم من وديعة ورهن
ودين قال بعض الشيوخ اذا عمل العامل في الوديعة يعني على القول
بانه يمضي فادعى خسارة او ضياعًا فانه يصدق وان ربح كان الربح بينهما
خلاف الدين الا ان يكون هناك دليل تهمة او يكون رب المال علم
انه تسلفها وهو ممن يتهم ان يعامله على مثل ذلك فلا يمكن من الربح
ويتصدق به **وقوله** ولا يجوز بمجهول الوزن • هذا كلام راجع
الى القيد الثالث وهو قوله معلوم وهذا القيد متفق على اعتباره لان
الجهل بمقدار راس المال مستلزم للجهل بمقدار الربح راس المال مستلزم
بمقدار الربح وهو موجب للنزاع وذلك كما لو دفع اليه صرة فيها دنانير
او دراهم لا يعرفان قدرها وقال له اعمل بها قراضا **وقوله**
ولا يجوز ان يشترط يده او مراجعته او امينا عليه • هذا الكلام يتعلق
بالقيد الرابع وهو قوله مسلم وكان المولف راى ان المانع مما ذكره
هو خروج القراض عن سنته لان من سنته ان يكون في امانة العامل
وهو ظاهر في قوله او امينا عليه او مراجعته ففيهما هذا المعنى
مع التحجير لان مراجعته ومشاورته تنافي استبداد العامل
بالبيع وهو ايضا خروج عن سنة القراض واما اشتراط يد العامل
فلا شك انها زيادة ازدادها رب المال على العامل وكذلك
في العكس اذا اشترط العامل يد رب المال ففي زيادة
ازدادها العامل على رب المال وان كان شرط ذلك رب المال
على العامل فهو تحجير قال مالك في المدونة ومن اخذ قراضا
على ان يعمل معه رب المال لم يجز فان نزل كان العامل اجيرًا
قال وان عمل رب المال من غير شرط كرهته الا العمل اليسير وقال
في الموطا لا باس ان يعين المتقارضان كل منهما صاحبه على وجه المعروف

اداحح ذلك بينهما **وقوله** وفي اشتراط غلامه معه بنصيب قولان •
يعني ان المذهب اختلف على قولين هل يجوز ان يشترط عمل غلام رب المال
مع العامل في المال على ان يكون للغلام نصيب من الربح والقول بالجواز
هو مذهب مالك وابن وهب والليث ويكون النصيب المشروط للعبد
واجازه الشافعي وابو حنيفة وقالا يكون النصيب لرب المال وهذا على
الخلاف هل يملك العبد واما القول بالمنع فبعيد ثم اختلف قول
مالك فيما حكاه ابن المواز في اشتراط العامل عون غلام رب المال
واختار ابن المواز الجواز وعن الليث المنع وذكر بعض الشيوخ انه
يجوز بشرط ان يكون المال كثيرا الجميع كما في المساقاة يجوز اشتراط
عون الغلام في الحايط الكبير دون الصغير واما ان يشترط رب
المال على العامل عون غلام رب المال معه ليكون عينا عليه
او لتعلمه فقال ابن القسم لا خير فيه وهو معنى ما فوق هذا **وقوله**
العمل • هذا هو الركن الثاني من اركان القراض وكان المولف رحمه
الله قصد الى ترتيب الكلام في الاركان على ما هي عليه واقعة في الوجود
لا على ما هي واقعة في الوسم فلذلك قدم الكلام على المال لان المدفوع
اولا ثم التجر به ثانيا ثم الربح ثالثا ولكنه تكلم على العاقدين بعد ذلك
ولو راعى هذا الذي قلنا لقدم الكلام على العاقدين **وقوله** تجارة غير
مضيقة بالتعيين او التاقيت • فسر به ذلك الركن وهو ان يكون
تجرا وهو طلب الارباح بالبيع والابتياع وان يكون ذلك التجر غير
مضيق على العامل باحد معنيين اما في جنس السلع كالتجر في البز
في البلد الذي يقل ذلك فيه واما في الزمان كالاجل فيه واذا كان
احد هذين المعنيين ما نعا من صحة القراض فاحرى مجموعهما ووافق
الشافعي على ان التجير في القراض بسلعة قليلة الوجود لا يجوز
وانه يفسخ ان وقع وخالف ابو حنيفة فقال انه جايز قال وان تعداها

ضمن

ضمن وكذلك خالف ابو حنيفة في الاجل فاجاز القراض الى اجل وضرب
الاجل فيه مناقض لعدم لزومه فقد قال بعضهم انهم اجمعوا ان لكل
واحد من رب المال والعامل ان يحله ما لم يعمل العامل فان وقع القراض
الى اجل فقال ابن نافع يفسخ الشرط واثبتهما على قراضهما وقال ابن حبيب
هذا حسن قبل العمل واما بعد العمل فهو اجير واما اذا وقع التحجير على ان
لا يشتري الا سلعة لبست مامونة فنص في المدونة على انه فاسد
ويكون فيه ان عمل اجارة المثل **وقوله** فلا يجوز على ان يخيط او يخرز
او يشارك او يخلط او يبضع او يزرع او لا يشتري حتى يبلغ بلد كذا
وقال بقوده كما يفاد التعبير • هذه الوجوه السبعة التي ذكرها
انما سبب امتناعها التضييق والستة الاول منها مثل للتضييق
بالتعيين والسابع مثال للتضييق بالتاقيت وكلها من ثمرات منع التضييق
ويمكن ان يجعل الخمسة الاول من ثمرات اشتراط التجارة والسادس
من ثمرات التضييق بالتعيين والسابع من ثمرات التضييق بالتاقيت
وهذا اقرب وما على قال من قوله وقال بقوده كما ضمير يعود على
مالك وهو علة لمنع المثال السابع وحده لا الى شي مما تقدم هكذا
هو في المدونة واما ان شرط رب المال على العامل ان يعمل بيده صناعة
في القراض فقال ابن القسم في المدونة لا يجوز وهو ظاهر لانه زيادة
ازدادها عليه قال فان نزل كان اجيرا والربح والوضيعة لرب
المال وعليه وقال اشهب له اجر مثله فيما عمل وفيما سوى ذلك
قراض مثله وقال مالك وابن نافع في مثل هذا له فيما عمل الاقل من
المسمى او قراض المثل وقال ابن وهب هما على قراضهما ولا يرد الى اجر
مثله ومثله لمحمد وفي مختصر ابو قار وقال يحيى منتما لما في المدونة
ويكون احق بما عمل من الغرما حتى ياخذ اجارته بخلاف اجارته فيما
عمل لا في القراض قاله الشيخ ابو محمد واما شرط مشاركته لغيره
او على ان يخلطه بمال من عنده فهو يتضمن مع ما تقدم اشتراط الزيادة

علي

على العامل لان نما المال القليل اقل من نما المال الكثير الا انه لا يختص بها
بن لك التماعي صاحبه والمشهور ما قاله المولف من منع شرط الخلط وقال
في كتاب محمد لا باس به ومثله عن اشهب اذا شرط على المقارض ان يضم ماله
الى مال القراض ويعمل على ان له نصف ربحهما والنصف لرب المال
وقال اصبغ لا يعجبني هذا الا ان يقل مال العامل مثل الخمسة دنانير والعشرة
مما لا يعتوى به لكثرة البيع والشرا فان نزل امضيته على قراضهما وقال
بن حبيب فيما يمتنع من ذلك عنده وهو الكثير دون القليل انه يكون فيه
قراض مثله على غير شرط بعد ان يقسم الربح على المالين وقال غيره
يكون فيه اجرة المثل واستشكل بعض الشيوخ كلام اشهب فقال
كيف يصح هذا اذا خلط العامل مثله فيصير قد عمل لرب المال باطلا
لما اخذ رب المال نصف الربح بنصف راس المال قال وهو لا يجيز
ان يخرج احدهما مايه والاخر مايه على ان يعمل احدهما ويكون عنده
للعامل اجارة مثله في مايه صاحبه في المعروف من قوله **قلت**
لعل اشهب انما يريد بقوله والنصف لرب المال على شرط القراض لا على
ان يختص به ويكون اذ ذاك ثلاثة ارباع الربح للعامل واما خلط مال
القراض بمال نفسه من غير شرط فقال مالك في المدونه اذا خاف
العامل ان قدم ماله على مال القراض او اخر وقع الرخص في ماله فالصواب
ان يخلطهما ويكون ما اشتري بهما من السلع على القراض وعلى ما نقد بحصه
القراض راس مال القراض وحصة العامل ما نقد فيهما ولا يضمن العامل
ان خلطهما بغير شرط واجازوا مشاركه العامل لغيره بغير اذن رب
المال في الشي المعين واما غير المعين فاجازه بعضهم اذا كان العامل
يتولى الشرا ويكون المال كله تحت يده او كان يتولى الشرا مع شريكه
كذلك وحفظ مالك وبن القسم عند تجهز العامل للسفر ان يقول له رب
المال اخرج مالا مثل الاول تشترك معك به ومنعه اصبغ وسحنون
قال في المدونه ولا يبضع العامل بضاعه من المال فان فعل ضمن ولو اذن

له رب المال في ذلك جاز ما لم ياخذ على ذلك ولو ربح في البضاعه وكانت
باجرة بغير اذن رب المال فقال اللخمي يكون للمبضع معه اجرته في ذمة
العامل ثم ينظر فان كانت الاجرة اكثر من الجزء او من خسارة ما بين
ذلك على العامل وان كانت اقل من الجزء كان الفضل لرب المال ولا شي
للعامل فيه وان كانت على وجه المعونه للعامل بغير عوض كان للعامل
فيه الاقل من جزءه من الربح او اجارة مثل العامل فيه واما شرط الزراعه
بمال القراض فمنعه في المدونه وهو نحو ما ذكره المولف وينبغي ان يقيد
ذلك بما اذا كان الزرع لعسر محاولته في تلك الجهة بخلاف اذا كانت
محاولته سهلة كما اذا اشترط عليه التجر في نوع من السلع فان وقع ذلك
على الوجه الذي لا ينبغي كان العامل اجيرا وما كان من زرع او فضل
او خسارة فلرب المال او عليه قاله في المدونة قال ولو زرع العامل
من غير شرط في ارض اشتراها من مال القراض او اكتراها جاز ذلك
ان كان بموضع امن وعدل ولا يضمن واما ان خاطر به في موضع ظلم
وغرر يرى انه خطر فانه ضامن ومثله قال في اخذ العامل مساقاه
من مال القراض واما منعه ان ياخذ المال على شرط ان لا يشتري حتى
يبلغ بلد كذا فيشتري منه فمنعه في المدونه كما ذكره المولف وخففه
في العتبيه وقال بن حبيب يجوز ان يشترط عليه ان يخرج بالمال ولا
يسمي بلدا بعينه اذا كان واسع المتجر ما لم يشترط عليه جلب
ما اشترى هناك او يسمي سلعا يشتريها او ياتي بها او يحمل من
هنا الى هناك سلعا يجهزها يبيعها فذلك مكروه وهو فيه اجير
وحيث اجزنا فقال بعض الشيوخ فمتى عادته السفر لم يتجر بالمال
في بلده قبل السفر كان متعديا **وقوله** ولا يبعد الشرا الا انه لغرض
يجر من الربح وله ربحه وعليه غرمه • هذه مسالة المدونه قال
مالك فيها ولو ابتاع سلعة ثم سال رجلا ان يدفع اليه مالا ينقده
فيها ويكون قراضا بينهما فلا خير فيه فان نزل لم ينقد ورد المال

له رب

الى ربه وما كان فيهما من ربح او وضيعه فله وعليه وهو كمن اسلفه رجل ثمن
سلعة على ان له نصف ربحها وقال في المدونه هـ قبل هذه المسلة من
ابتاع سلعة نعجز عن بعض ثمنها فاتا الى رجل فاخذ منه قراضا وهو
يريد ان يدفعه في بقية ثمنها ويكون قراضا لم احب ذلك واخاف ان
يكون قد استغلاها وقال في كتاب محمد وان لم يكن اغلى اجزته والربح
العمل به ابتدا ومثله قال محمد واصبغ اذا كان لم يخبر رب المال بما اشترى
وقال بن القسم لا يعجبني وان صح وقاله سحنون على انه عارض احدى المسلتين
بالاخرى وقال في مسلة المولف هي خير من التي فوقها يريد خير من التي ذكرناها
ولا تكون خيرا منها الا اذا اختارا ورجح الذي هو خير عنده فعلى هذا
يكون اختلف ايضا قول سحنون في اختياره احدى المسلتين على الاخرى
واجاب الشيخ ابو محمد عن سوال سحنون الذي اشار اليه بقوله هذه
خير من التي فوقها بان المسلة الثانية وهي التي ذكرها المولف قد
سمى له انه ابتاع سلعة وكانه دخل على السلف والمسلة الاخرى التي
عجز عن بعض ثمنها لم يذكر له ذلك واخذ منه المال قراضا فنقده
منها فلم يدخل على السلف قال بن المواز في مسلة المولف ولو كان قبل
ان يستوجبها وقبل ان يجب عليه ضمانها لجاز ذلك اذا لم يسم له
السلعة ولا بايعها وروى عن عثمان ان رجلا قال له وجدت سلعة
موجوده فاعطني قراضا ابتاعها ففعل فقال بن المواز وذلك اذا لم
يسم له السلعه ولا بايعها قال بن حبيب ويكره ان ياخذ المال قراضا
على ان يشتري من رفقه نزلت معهم ومعها تجارة فاذا وقع مضى على
شرط الربح قال بن حبيب في مسلة المدونه التي ذكرناها ان انكشف
انه استغلاها ولم تكن تساوي ذلك يوميد فلينظر قيمتها فيرجع
عليه بالزيادة ولا ينظر الى ما يبعث به من ربح وهذا الكلام الذي ذكره
المولف هنا معطوف على المجرور في الجمله السابقه اي ولا يجوز القراض
بعد الشرا على الصفة التي ذكرها **وقوله** ولا بعين صنفا يقل وجوده

او مخصصا

شخصا للعامله او مكانا او زمانا • يعني ان التضييق مناف للقراض سوا
كان في السلع او في المعاملة مع العامل من بايع او مبتاع او في مكان البيع
او في زمانه وان وقع ذلك وعمل فله اجر مثله **وقوله** وعليه ما جرت
العادة به من نشر وطي ونقل خفيف ولو استاجر عليه فعليه • تقدم
انه لا يجوز اشتراط رب المال على العامل زيادة على التجارة كالخياطة
وعمل الخفاف وشبههما ولكن على العامل ما خف من العمل وجرت العادة
بان التاجر يتولى بيده ولا يستاجر عليه فان استاجر من مال
القراض على هذا النوع من الاعمال كانت الاجارة في ذمة العامل
لا في نصيب العامل من الربح وهو مراد المولف بقوله ولو استاجر عليه
فعليه فالضمير المجرور بعلى الاول راجع الى ما جرت العادة به
من نشر وما عطف عليه والضمير الثاني المجرور بعلى ايضا راجع
الى العامل وهو ظاهر المعنى **وقوله** الربح شرطه علم الجزئيه
يعني ان شرط ما يكون للعامل من الربح هو ان تعلم نسبته من الربح
كالثلث او الربع وكذلك ما يكون لرب المال من الربح وهذا متفق
عليه ما لم تدق الاجزا بحيث لا تعلم نسبتها الا بعد تامل فظاهر
المذهب جوازه كما لو قال على ان لك من الربح سدس سبع ثمن ثمنه
وفي مذهب الشافعي وجه بالمنع **وقوله** فلا يصح ولك درهم
يعني ولو قال رب المال اعمل على ان لك درهما من الربح ولي
ما بقي او ما بقي بيننا لم يجز لاحتمال ان يكون ذلك الدرهم
هو جميع الربح فتختلف الجزئيه وبتقدير ان يكون الربح اكثر
فعلم الجزئيه التي هي شرط غير حاصل فان نزل ذلك ففي الموازيه
عن مالك واصحابه ان ترك ذلك مشترطه قبل العمل جاز وكذلك
روى يحيى عن بن القسم ان اسقط ذلك مشترطه قبل العمل
جاز وصح وتماديا عليه والحكم كما اذا وقع على الصورة الا
فقيل يكون للعامل اجر مثله وقيل قراض مثله والشرط في

الشيد به باطل وقيل ان كان الزايد لرب المال كان للعامل قراض
مثله الا اقل من المسمي او قراض المثل وان كان للعامل كان له الاكثر
وليس من هذا المعني ان يقول له اعمل ولك في دسني درهم فان تلك
اجاره يحتاج فيها الي تعيين التجاره وضرب الاجل علي ما ذكره
في كتاب الجعل من المدونه ولما كان العلم بالجزء به هو الشرط وحده
في هذا الفصل كان ما يستلزمه قايما مقامه كما لو دفع اليه مايتين
وقال اخلطهما واعمل بهما قراضا علي ان لك ربح مايه ولي ربح مايه جاز
ذلك لان معناه علي ان لك نصف الربح علي ان لبعض الشافعية خلاف
فيه ولا وجه لمنعه والله اعلم بخلاف ما لو كان علي عدم الخلط فان
لاحدهما ربح مايه بعينها وللاخر كذلك **وقوله** ولو شرط الربح كله
لاحدهما او لغيرهما جاز • اما اشتراط الربح لاحدهما فلا اعلم خلافا
في المذهب انه جايز علي ان القاضي الباجي قال هو مشهور مذهب
مالك ومنع من ذلك الشافعي وابو حنيفه الا ان ابا حنيفه يقول ان
اشترط الربح للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعه
وحيث شرط الربح للعامل علي المذهب فان لم يسمياه قراضا وانما
قال اعمل فيه ولك ربحه كان ضمانه من العامل لانه كالسلف وان
قال اعمل فيه قراضا فهل يكون ضمانه من رب المال او من العامل
في ذلك قولان وان شرط الربح لغيرهما فلا ضمان علي العامل وهل
يلزمهما الوفا بذلك اما ان كان الملتزم المشترط له ذلك معينا
فاصل المذهب انه يلزم الوفا به ويقضي به علي الملتزم ان امتنع
وان كان غير معين ففي المسايل فالمشهور انه لا يقضي به عليه
ان امتنع وعلي ما في كتاب محمد ينبغي ان يقضي به **وقوله** ولو تراضيا
بعد العمل علي جزء اقل او اكثر جاز • يعني ان رب المال والعامل
اذا اتفقا اولا علي جزء ثم تراضيا بعد العمل علي ان يكون لرب المال
اكثر من الجزء الذي اتفقا عليه اولا او اقل من ذلك جاز ذلك لهما

لانهما

لانها هبة من احدهما لصاحبه ولا مانع وظاهر كلامه وهو مذهب المدونه
انه لا فرق في ذلك بين ان يكون في المال ربح او خساره او لا يكون فيه
شي من ذلك واذا جازت الزيادة لاحدهما من صاحبه بعد العمل فهي
قبل العمل اجوز ولا خلاف فيها قبل العمل ولا بعد اذا بقي المال علي حاله
من غير زيادة ولا نقصان وقال ابن حبيب لا يجوز اذا كان في المال
زيادة او نقصان واتهمهما علي ان ما زاد لصاحبه منهما انما هو ليبقي
عقد القراض بينه واذا فرعنا علي الجواز وهو اظهر لضعف التهمه
فان كانت الزيادة من رب المال للعامل علي العامل احق بها في
الموت والفلس لقبضه اياها وان كانت من العامل لرب المال
فقيل تبطل لعدم الجواز وخرج اللخمي فيها قولان بالصحة وقال
بعض من مال الي مذهب ابن حبيب ان نهدية رب المال الي
العامل او العامل له لا يجوز وقد اجاز محمد ترك النفقه بعد شغل
المال ولم يجز ذلك له قبل شغله لانه يصير له حيندا كانه قارضه
علي شرط اسقاط النفقه من اجل ان عقد القراض منحل قبل
شغل المال **وقوله** ولو شرط العامل عمل غلام رب المال
او دابته في المال خاصة جاز • تقدم ما نقله المولف من القولين
في جواز اشتراط غلام رب المال مع العامل بنصيب وذكر ماهنا
ما حكاه محمد ان قول مالك اختلف في هذا الفرع الذي حكاه المولف
هنا واذا جاز اشتراط عمل الغلام ففي الدابه اجوز لان الغلام يخشي
ان يكون عينا لرب المال علي العامل وذلك مما يفسد القراض
ولا يخشي مثل هذا في الدابه **وقوله** والربح مشترك ولا عادة
قال ابن القسم قراض المثل وقيل النصف • هذا الخلاف ذكره في المدونه
بين ابن القسم قراض المثل وغيره لكن اذا قال للعامل اعمل علي ان لك
في المال شركا لا فيما اذا قال والربح مشترك كما ذكره المولف
واللفظتان وان كانتا كالمترادفتين لغه فهما متباينتان عرفا

كان

لان المتبادر من مسئله المولف الي ذهن اهل العرف المساواة بخلاف
لفظة شرك عندهم فانها تستعمل في القليل دون الكثير مع الجهل بقدر ذلك
القليل ولذلك كان الاظهر قول ابن القسم والله اعلم واما لو سكتا عن ذكر
الجزء وانما دفع اليه المال على انه قراض فذلك فاسد وان عمل ففيه قراض
المثل قاله ابن القسم في المدونة **وقوله** ولو دفع مالين معا او متعاقبين
قبل شغل الاول بجزئين متفقين او مختلفين فان شرط الخلط جاز والا فلا
مطلقا وقيل والا فلا في المختلفين • معنى هذا الكلام ان رب المال
اذا دفع للعامل مالين اما معا واما احدهما بعد الاخر لكن قبل شغل
الاول او بعضه على ان للعامل في كل واحد من المالين جزءا مساو
للاخر او مخالف له فان شرط الخلط في المالين جاز وان لم يشترطه
لم يجز سوا كان ذلك قبل شغل الاول او بعده اتفق الجزان او اختلفا
وهذه المساواة بين القبليه والبعديه واتفاق الجزئين واختلافهما
هي التي اشار اليها المولف بالاطلاق بقوله والا فلا مطلقا وهي زياده
في البيان ولو استغنى عن ذكرها لما اختل الكلام وقيل لا يمنع شي
مما ذكر المولف الا ان يكون الجزان مختلفين ولا يلغي عند هذا القايل
شرط الخلط فيجوز عنده ان يدفع اليه مالين على ان يخلطهما اذا كان
الجز متفقا وهو قول محمد وهو ظاهر المدونة لانه لا يتهم ان يعمل في
احدهما دون الاخر لاستوا نصيبه فيهما ونص ابن حبيب على ان
حكم هذا الوجه ان نزل ان يكون اجيرا وقال بعضهم القياس
على اصل ابن حبيب انه على قراض مثله لانه ليس في منع الخلط زياده
استبد بها احدهما واما مع شرط الخلط فلا اشكال في الجواز ولو اختلف
الجز ويكون له ان اعطاه احدهما وهو مايه على النصف والاخر وهو
مايه على الثلث ربع ربح المايتين وسدسهما وقد علمت ان مقام السدس
والربع من اثني عشر وان ربعها ثلثه وسدسها اثنان ومجموع ذلك
خمسه من اثني عشر تكون للعامل وتبقى سبعه لرب المال هذا هو

الصحيح

الصحيح في العمل لا سامالة بعضهم **وقوله** ولو شغل الاول فان شرط
الخلط امتنع والا جاز وروي لا يعجبني في المختلفين • يعني فلو دفع اليه قراضا
فشغله في سلع او شغل بعضه ولم ينض ما شغله جاز ان يدفع اليه
قراضا ثانيا ولا يمتنع منه الا صورة واحدة وهي شرط الخلط واما عدم
شرط الخلط او السكوت عن الخلط وعدمه فجايز وهو ظاهر في المنع
والجواز لانه اذا شرط الخلط فقد يكون في الاول ربح او خساره وذلك
يستلزم زيادة للعامل او عليه واما روايه اشهب في كتاب محمد
وهي التي اشار اليها المولف بقوله وروي الى اخره فمعناها اذا
كان المال الثاني على جز مخالف للجز الاول لان ذلك يوجب تهمه
ايضا في الزيادة على احدهما بخلاف ما اذا استوى الجزان والله
اعلم **وقوله** ولو نض الاول بربح او خسارة لا مساويا لم يجز
احد قراض اخر عند ابن القسم وقيل يجوز مع الربح بموافقة الجز
وعدم الخلط • تقدم حكم ما اذا اخذ القراض الثاني قبل نضوض
الاول وهذا حكم ما اذا اخذه بعد نضوض الاول فان نض على
ما كان عليه اولا فحكمه سياتي حيث يتكلم عليه المولف بعد هذا
وان نض على خلاف ما كان عليه بربح او خسارة فمنع ابن القسم في المدونة
من اخذ القراض الثاني مطلقا سوا كان على الخلط او على عدمه
بجز موافق او مخالف وهو مراد المولف بقوله سوا مطلقا لانه
ان كان نض بربح فالعامل قد ملك الرد وقبض حظه من الربح
فيريد رب المال بقاوه على التجر بان رغبه في ذلك لاجل زيادة
المال الثاني وذلك لزيادة انتفع بها رب المال واحرى
اذا نض بنقص لان رب المال يرجو الجبر لذلك النقص ولم يعتبر
ابن القسم كبير منفعه لرب المال لان تلك المنفعه لا تطلب مثل طلب
جبر الخسارة فلا يتهم عليها ولاسيما وهو يشترط موافق الجز وعدم
الخلط لان عدم الخلط لا يمنع العامل من رد المال الى ربه ولخذ

مطلقا

جزئيه من الربح وهذا القول اختاره بعضهم وزاد فقال وينبغي اذا علم ان
العامل علي رغبته في التمادي بالاول ان يجوز ولو كان علي جزء مخالف للاول
وهذه الزياده فقد تظهر اذا كان الجزء الذي ياخذه العامل من المال الثاني
اكثر او مساويا واما ان كان اقل فبعيد لان رب المال يخشي ان
يمكن عليه المفاصله في المال فيتحمل العامل له هذه المنفعه لاجل ابقايه
المال تحت يده والله اعلم قال اللخمي ان عملا علي الوجه الفاسد بشرط
الخلط فضّ الربح علي قدر المالين يوم الخلط فما ناب الاول جبر به
الخساره وما ناب الثاني كان فيه علي قراض المثل ما لم يجاوز المسمي
ولا يزاد لانه رضي بذلك المسمي علي ان يجبر خسارة الاول من جميع الربح
فاذا اسقط ذلك عنه لم يزد علي المسمي والي هذا نحا ابن حبيب
غير انه جعل في المال الثاني قراض المثل وروي سحنون انه يكون
في الثاني اجيرا واتفق هولاء علي ان المال الاول باق علي ما كان
عليه ولا يوجب ضم الثاني اليه فيه فسادا وروي بعضهم انه يوجب
فساده وان القياس ان يكون شريكا في المالين وفيه نظر لان
عقد الاول وقع صحيحا ولا يزال الحكم باقيا حتي تقع فيه المفاصله
ولم تقع بعد **وقوله** ولو شرط زكاة الربح علي احدهما جاز لانه
يرجع الي جزء معلوم • يعني انه لو شرط رب المال زكاة الربح كله
علي العامل او علي رب المال اشترط ذلك عليه فانه جائز لان ذلك
يودي الي جزء معلوم في الربح الا تري ان قدر الزكاة انما ربع
العشر والجزء في القراض نصف او ثلث او غير ذلك فاذا اضيف
ذلك الجزء المعلوم الي الزكاة التي هي جزء معلوم كان الجميع معلوما
هذا قوله في المدونه ومحمد وفي الاسديه لا يجوز اشتراط الزكاة
علي واحد منهما لما يذكره المولف الان قاله مالك ايضا والقول
الثالث يجوز اشتراطها علي العامل ولا يجوز ان تشترط علي رب
المال ما له مالك في المساقاه وخرجه بعض الشيوخ هنا والباب

ولم

واحد والرابع عكسه وهو تخريج ايضا لا نصا يجوز ان تشترط علي رب المال ولا
يجوز ان تشترط علي العامل ولم نشتغل علي مواضع التخريج لما في الكلام علي ذلك
من الطول **وقوله** وقد تعقب اطلاقه وقيد بان يكون المراد نسبته
وان لم يحسب • يريد ان اطلاقه في المدونه الجواز مع ان الزكاة قد لا تجب
في المال اما القصوره عن النصاب واما لان الحول لا يحول عليه ليس بصحيح
واجيب بان المراد معرفة نسبة ما لكل واحد منهما من الربح وكانهم
راوا ان القراض اذا كان علي النصف وشرط العشر والواجب لرب
المال النصف والربع العشر وهذا مراد المولف بقوله وان لم يحسب
اي وان لم يحسب جزء الزكاة مع جزء القراض المشروط للعامل او بدونه
ومنهم من اجاب بان الامر محمول علي الغالب من ان المفاصلة
لا تقع الا بعد مرور الحول وان المال وان قصر عن النصاب فيما يرجوان
بلوغه الي النصاب وهذا الجواب وان كان ضعيفا فهو خير من الذي
قبله لما يودي اليه الذي قبله من النزاع حين المفاصله في قسم الربح
اذا سقطت الزكاة عن الربح بوجه من الوجوه التي تسقط بها الزكاة
وقد ذكر بعضهم ان الخلاف الذي في المساقاه يجري حينئذ هل يكون
ربع العشر لرب المال وحده او له وللعامل بينهما او يتحاصان فيه
بحسب ما لهما من الربح فيقتسمان الربح كله علي تسعة وثلاثين لرب المال
عشرون وللعامل تسعة عشر هذا كله كما قال المولف في اشتراط زكاة
الربح علي احدهما واما اشتراط زكاة المال علي العامل فلا خلاف في
المذهب في منعه ووجهه ظاهر لانها زيادة ازدادها رب المال
علي العامل **وقوله** وجوز جزء في المساوي بجزء الاول • حتي هذا
الفرع ان يكون عقيب مقابله وهو قوله ولو نض الاول بربح وتوسيطه
زكاة القراض بينهما خروج عن الترتيب والله اعلم ومعني هذا ان
المال الاول اذا نض مثل راس المال من غير زيادة ولا نقص جاز
ان يدفع اليه مالا اخر قال في المدونه بشرط ان يكون المال الثاني

على مثل جزء الاول قال بعض الشيوخ يريد اذا كان على ان يخلطهما واما ان
كان على ان يخلطهما فيجوز على كل حال وهذا الذي قاله ظاهر لان ذلك
مع الاختلاف يرجع الى جزء متفق ويتخرج من هذا الموضع ما كنا قدمنا
عن المدونة انه يجوز ان يدفع مالين على شرط عدم الخلط اذا اتفق جزؤهما
وهو مذهب المدونة وابن المواز خلافا لابن حبيب قال في كتاب محمد اذا
باع سلع الاول براس المال ثم اخذ الثاني على قراض مختلف
او متفق اذا كان على الخلط والا لم يجز فتاول ايضا ذلك الشيخ هذا الفرع
على شرط الخلط فيه راجع الى اختلاف الجزئين لا الى اتفاقهما وهذا
التاويل لابد منه ليتفق ما قدمناه الان عن كتاب محمد وظاهر المدونة
مع هذا الفرع فتامله **وقوله** ويجبر الخسران . هذا مما لا اعلم
فيه خلافا ان العامل اذا تجر في المال فخسر فيه ثم ربح فيه قبل ان
يرده الى ربه انه يجبر الخسارة بما ربح فان زاد الربح على الخسارة فحينئذ
يكون له جزء في تلك الزيادة **وقوله** ولو تلف بعضه قبل العمل جبر
بالربح ما لم يتفاصلا وقال ابن القسم ويقبض وقال غيره لو اعلمه بنقص
المال او اقتسما الربح وقال اعمل بما بقي كان مؤتنفا . يعني ان خسارة
المال كما يجبر بالربح فكذلك يجبر بالربح ما ضاع منه بيد العامل سواء كان
على اتلاف ذلك على يد سارق او غاصب او لصوص علم اخذه او جهل
وهذا ايضا لا اعلم فيه خلافا فان قلت هل لقول المولف قبل
العمل مفهوم **قلت** نعم ولكن مفهوم الموافقة وذلك انه اذا كان
يجبر الضياع منه قبل العمل بالربح الكامل بعده فلان يجبر ما ضاع
منه بعد العمل احرى لان المال قبل العمل كوديعة بيد العامل لانحلال
عقد القراض بخلاف ما بعد العمل فان القراض حينئذ لازم فاذا
جبر النقص قبل اللزوم فاولى ان يجبر بعده والله اعلم ثم جعل
المولف غاية هذا الحكم هي التفاصل فقال ما لم يتفاصلا وهو صحيح لان
الحكم الثابت للقراض بسبب كونه قراضا دائم الا انه اختلف بماذا

تكون

تكون المفاصلة فراي ابن القسم في المدونة انه لا يكفي فيها في هذا الموضع
اللفظ بل لابد مع ذلك من القبض الحسي ولذلك عطف المولف بالواو وقال
ما لم يتفاصلا وقال ابن القسم ويقبض وزاد اصبغ على باب الصحة والبراة
وحكى ابن حبيب عن مالك وربيعة والليث ومطرف وابن الماجشون
ومن لقيه من اصحاب مالك وهذا مراد المولف بغير ابن القسم انه اذا اخبره
بما نقص راس المال وقال له اعمل بما بقي كان مؤتنفا فقد اسقطت
عنك ما ذهب فهو قراض مؤتنف اذا بينه هكذا فانظر قول ابن حبيب
كيف قال مثل ما حكاه المولف وزاد فقد اسقطت عنك ما ذهب
والذي ذلك بقوله اذا بينه هكذا هل يوفى بعدم الزيادة والتاكيد كلام
المولف او لا يوفى بهما والاقرب انه لا يوفى به وكذلك الحكم عنده لو ربحا
وحكى الشيخ ابو محمد ان الذي ذكره ابن حبيب عن ابن القسم هو قول
ربيعة ومالك والليث قال وذكر ابن المواز قال ابن المواز واخبرني
اصحاب مالك عنه انه قال لا يجوز ان يتفاصلا حتى يحضر جميع المال
ثم يقبض راس ماله ثم يقتسما الربح قال ابن حبيب واما ان كان العامل
ذكر لرب المال على وجه الاخبار لا على المفاصلة انه خسر في
المال فحكم القراض الاول باق واختار غير واحد من المتقدمين
والمتاخرين ما ذكره ابن حبيب هنا وهو الاظهر والله اعلم وهو
ظاهر الموطا فان قلت فيما عطفه المولف من قول ابن القسم على
ما قدمه دلالة على ان ابن القسم مخالف لقول مالك لان الكلام الاول
لمالك **قلت** لا دلالة فيه على ذلك الا ان مالكا شرط المفاصلة واختلف
ابن القسم وغيره في تفسير تلك المفاصلة **وقوله** اما لو اشترى
بجميعه فتلف فاخلفه لم يجبر التالف . يعني ان كل ما قدمه من هذا
انما هو في خسارة بعض المال او تلف بعضه واما لو ذهب المال
كله بعد ان اشترى به سلعة وقبل ان يدفعه فيها فان رب
المال لا يلزمه جبر ما تلف لتعينه عند ابن القسم في هذا الموضع

لانه اذا دفع مالا للعامل ليعمل به قراضا فكانه عين له انه لا يقارضه الا بذلك
وله في هذا التعيين منفعة وغرض ولا ضرر على العامل في ذلك ولا كبير
ضرر عليه ولو اخلفه لكان راس المال ما دفعه ثانيا وحده بخلاف ذهاب
البعض لان هنا مال ما يبني عليه **وقوله** فان لم يخلفه فالسلعة للعامل
وقيل يخلف جبرا • يعني ان رب المال اذا اختار الانحلال من القراض
ولم يخلف المال فادنى حال العامل ان يكون كالوكيل فتلزم السلعة
العامل كما يلزم الوكيل فيما يشبه هذا والقول الاخر للمغيرة ورأى
ان الدنانير والدراهم لا تتعين مطلقا فالزم رب المال الخلف فلا
يتاتى على مذهبه فرض هذا الفرع الاخير وانظر هل يكون راس المال
عنده المال الثاني وحده او هو مجموع المالين **وقوله** ولو اشترى
بمائتين والمال مائة فشريك بالنصف • هذا ظاهر وقد تقدم انه
يجوز للعامل خلط مال القراض بمال لنفسه وهذه المسالة من ذلك المعنى
ولكن ينبغي ان تتقيد هذه الصورة بما اذا دفع مجموع المائتين وان كان
دفع مائة القراض وبقيت الاخرى على التقاضي وعلى ذلك اشترى
العامل كانت هذه هي المسالة الثانية وهي قول المولف • فان كانت
مائة نسيئة قومت وكانت له نسبة قيمتها • يعني فان اشترى
بمائتين مائة نقدا وهي مائة القراض ومائة مؤجلة كان شريكا لرب
المال في القراض بقيمة المائة المؤجلة لان تلك القيمة هي التي زاد العامل
حقيقة وهذا قول اشهب واحد قولي ابن القسم وهي رواية اشهب
وقال ابن القسم ايضا وروي عن مالك انه يكون شريكا بما زادته
قيمة السلعة على مائة القراض والاقرب هو الاول واما ما روي
عن مالك من تقويم السلعة اي ويكون بها شريكا فقال سحنون
ذلك خطا ولا شك ان ذلك خطا الا ان يتاول ان مراده بتقويم
السلعة ليكون شريكا بما زادت القيمة على مائة القراض
وقوله العاقدان كالوكيل والموكل • هذا هو الركن الرابع

ولما كان

التاسع

ولما كان العامل يتصرف في مال غيره باذنه اشبه العامل الوكيل ورب
المال الموكل وهل هو كالوكيل المخصوص او كالوكيل المفوض اليه في ذلك المال
في ذلك نظر وعلى الاول تدل اكثر مسائلهم وقال مالك في المدونة
للماذون اخذ القراض وقال ابن القسم له ان يدفع القراض لانه يبيع بالدين
ويشتري به وقال اشهب وسحنون لا ياخذ الماذون قراضا ولا يدفعه
بخلاف المكاتب وحكى اللخمي عن اشهب منع اعطاء الماذون القراض
واخذه والاول حكاه ابن يونس **وقوله** فاذا تعدد العامل فالربح
بقدر عملهم كالشركاء • يعني اذا دفع مال القراض لرجلين فاكثر
فالعاملان كالشريكين بابدانهما فهل من شرط صحة هذه الشركة ان
يكون الربح لهما تابعا لعملهما او ليس ذلك من شرطه في ذلك قولان
في المذهب المشهور ما ذكره المولف انه من شرطه وحكى بعضهم
عن سحنون ما ظاهره عدم اشتراطه وهو مذهب الشافعي وابي حنيفة
واختاره ابن رشد قال لان لرب المال ان يدفع لكل واحد منهما
جزءا من ذلك المال على اي الاجزاء شاء من الربح على الانفراد فلذلك
يكون له مع الاجتماع فاذا فرعنا على المشهور وكانا قد قبضا المال
على ان لاحدهما ثلث الربح وللاخر السدس فقال محمد بن حبيب يقسم
الربح على ما اتفقا عليه من التجزية ويرجع صاحب السدس على صاحب
الثلث باجر فضل عمله وقال غير واحد بل يرد ان الى حكم القراض
الفاسد ثم اختلف هؤلاء فقال التونسي يكونان اجيرين وقال
فضل لهما قراض مثلهما وقول التونسي اظهر عندي واجرى على المذهب
لان القراض فاسد اذ عليه وقع التفريع وانه ممنوع ابتداء واذا
قلنا بانه يقسم على التجزية التي دخلا عليها فهل يرجع صاحب السدس
باجر فضل عمله على العامل الثاني وهذا قول ابن حبيب ومحمد او على رب
المال وهو قول احمد بن خالد فظاهر كلام المولف انهما اذا اشترطا
التجزية في الربح على قدر عملهما ان ذلك جائز ابتداء وهو معنى المدونة

بلغ مقابلة بالاصل
عسى الحمد

عند بعضهم وذكر بن المواز عن بن القسم انه يكره ابتدا فان نزل وعملا
مضى على شرطهما قال بعض الشيوخ ويكون حظهما في الربح فيما بينهما على
حسب نصرهما بالتجارة يعني وانما يعتبر التساوي في العمل وتجزية
الربح **وقوله** وللعامل نفقته في السفر وفي اقامته بغير وطنه للمال
في المال بالمعروف • يريد انه يجب للعامل نفقته على حسب ما يقتضيه
حاله وهو مراده في قوله بالمعروف ويكون ذلك في المال الذي قورض
فيه لا في ذمة رب المال بشرط ان لا يكون في وطنه سوا كان مقيما
في غير وطنه او منتقلا عنه ووافق ابو حنيفه على وجوب النفقه من
حيث الجمله وقال الشافعي لا ينفق في سفر ولا حضر الا باذن
رب المال ومال اليه بعض شيوخ المذهب ولاصحاب الشافعي
في ذلك ثلاثه اقوال احدها هذا والاخر مثل قول ملك والثالث
ينفق في السفر بقدر ما بين نفقه السفر والحضر **قلت** ولا يبعد
هذا القول عن اصول المذهب وقد قيل في الوصي يخرج بمحجوره في
سفر الحج من غير ضرورة انه تكون زيادة نفقة السفر على نفقه
الحضر في مال الوصي وقال الليث يتغدى العامل في الحضر بالافلس
ولا يتعشى وهذا ايضا قريب في المعنى من الذي قبله لانه في النهار
مشغول بعمل القراض دون الليل وقال الثوري ينفق في ذهابه
في السفر ولا ينفق في رجوعه وقد ادعى بعض الكبار من شيوخ المذهب
الاجماع على وجوب النفقه للعامل في السفر قبل زمان الشافعي
فان ثبت هذا فلا كلام والا فالقياس خلافه ودل كلام المولف بالالتزام
على انه لا نفقه للعامل اذا كان مقيما ببلده وهذا هو المنصوص
في المذهب وتاول بعض الشيوخ هذا على ان عمل القراض لم يقطع
العامل على الوجوه التي كانت تقوم منها نفقته لمن كان متعطلا لا صنعة
له ثم اخذ القراض قال واما من كانت له صناعة يقوم منها عيشه او
تجارته فعطل ما كان عليه لاجل العمل في القراض فهو كالمسافر في وجوب

النفقه واشار المولف بقوله في المال الى التحرز من قول من قال ان النفقه
تكون في الربح وهذا الحكي عن قتاده ولو شرط رب المال على العامل اسقاط
النفقه ففي المدونه وغيرها ان ذلك لا يجوز يعني في المال الذي يحتمل النفقه
قال بن القسم فان وقع فهو اجير وقد تقدم ان محمد اجاز للعامل اسقاط النفقه
بعد العمل ومن نفقه العامل بالمعروف في مال القراض ان يكون له مع طعامه
وطعامه وشرابه كرا ركوبه ومسكنه ودخول الحمام والحجامه وحلق الراس
وغسل ثوبه وغير ذلك مما في معناه من الامور المعتاده ورواه اشهب
عن مالك في الحجامه والحمام ولا يكون له الدوا في مال القراض هكذا
قالوا وهو صحيح ولو قيل به في الحجامه لما كان بعيدا وقال ابو حنيفه
ليس له ان ينفق في حجامه ولا حمام واطلق المولف السفر ومراده
السفر بسبب المال ولو خرج بالمال والتجاره والحج او الغزو فقال
الجمهور من اهل المذهب لا نفقه له في القراض ذاهبا ولا راجعا وزادوا
فقالوا ولو كان مقصوده التجاره وقال بن المواز له النفقه ذاهبا
وراجعا وقال بن القسم اذا كان للعامل في القراض اهل في البلد
الذي يسافر اليه واهل في البلد الذي يسافر منه فلا نفقه له في
ذهاب ولا رجوع وقال اشهب له النفقه في ذهابه ورجوعه
ومسايل هذا الفصل كثيرة **وقوله** ويوزع على ما بيده ولو اخذه بعد
ان اكترى وتزود • يعني ان العامل في القراض اذا وجب له النفقه
لم يختص بها مال من الذي بيده للتجارة دون مال بل يوزع على
قدر المالين فان تساويا اخذ النفقه منها سوي وان كان احدهما
ضعف الاخر كان على اكثر المالين ثلثا النفقه وعلى اقلهما ثلثها
وظاهر كلامه وكلام المتقدمين العموم سوا كان كل واحد من المالين
لكثرته تجب له فيه النفقه لو انفرد او كان كل واحد منهما
لا تجب له فيه النفقه لو انفرد لقلته لكن مجموعهما كثيرا وكان
احدهما كثيرا والاخر قليلا وكذلك يدل كلامه اثر هذا انه لا فرق

بين ان ياخذهما في وقت واحد او متعاقبين وخرج الشيخ ابو الحسن اللخمي
فيما اذا كانا مختلفي القدر الا ان كل واحد منهما تجب فيه النفقة
لو انفرد ان تكون النفقة منهما بالسوا قياسا على قوله في الولدين
المليين ان تجب عليهما نفقة ابيهما بالسوا ولو اختلف مالاهما ويحتمل ان
يقال ان الموجب لنفقة العامل في القراض هو المال فالنفقة من مجموعه
ويلزم ذلك قطعا ان تكون موزعة عليهما على ما قاله المولف واما نفقة
الاب الواجبة على الولدين فليس موجبها المال وانما موجبها الابوة
او البنوة بشرط الملا فالمال ليس بموجب وان كان شرطا والقرابة
التي هي موجبة قد استويا فيها فاستوت النفقة عليهما من اجل ذلك
واختار ايضا في المالين القليلين كل واحد منهما قليل الا ان مجموعهما
كثير سقوط النفقة عنهما معا لان رب كل واحد منهما قد دخل
معه على عدم النفقة فليس اجتماعهما بمغير حكم ما دخلا عليه وهذا
الذي قاله ظاهر بشرط ان لا يكون شان العامل اخذ القراض من
الناس واما ان كان شانه ذلك فيحتمل ان يقال الحكم ما قاله
الشيخ ويحتمل ان يقال لما اشتهر ان حكم النفقة على ما قاله مالك
فلا نسلم انه دخل معه على عدم النفقة ثم بنى على ما قاله في هذا القسم
سقوط النفقة من المال القليل مع المال الكثير والبحث في هذين القسمين
واحد واما قول المولف ولو اخذه بعد ان اكترى وتزود فمعناه
انه لا يضره في فض النفقة على المالين ان يكونا متعاقبين ولا ان يكون
قد تجهز للسفر بالاول حتى يقال انه لا بد له من السفر فلا اثر للمال
الثاني في النفقة وهذا هو المنصوص في المذهب وخرج الشيخ اللخمي
في هذه المسألة قولا بسقوط النفقة عن المال الثاني من القولين فيمن
خرج لحاجته ثم اخذ قراضا انه لا نفقة في مال القراض وفيه نظر
لا يخفى عليك مما قدمناه فتامله **وقوله** ولو خرج في حاجة وزع
النفقة عليهما • قد قلنا الان ان فيها قولا اخر بسقوط النفقة عن
مال

مال القراض ذكره عنه ابن المواز ومال اليه وقال اللخمي انه المعروف من
المذهب وعلى القول الاول وهو مذهب المدونة ففي العتبية وكتاب
محمد ينظر قدر نفقته في طريقه فان كانت مائة والقراض سبع مائة
فعلى المال سبعة اثمان النفقة وفي هذا التوزيع عندي نظر ولا ينبغي ان
تكون المحاصة بقدر نفقته في حاجته مع مبلغ مال القراض فان نفقته
في حاجته من اثار حاجته كما ان نفقته في مال القراض من اثار القراض
فكان يجب ان تكون المحاصة في الاثار بحسب مو ثراتها وعللها
لا بحسب احد الاثرين مع المو ثر والله اعلم **وقوله** وقال ابن القاسم
والاخدام ان كان اهلا • هذا داخل تحت ما قدمه من النفقة بالمعروف
وانما احتاج الى ذكره لان المتبادر الى الذهن من النفقة انما هو
الطعام والشراب فذكر الاخدام ليدل على انه مراد في كلامه وايضا
فان النفقة في الطعام والشراب غير موقوفة على شرط والاخدام
موقوف على الشرط الذي ذكره قال مالك في المدونة وللعامل
ان يواجر الاجرا للاعمال التي لا بد له من ذلك منها ويكري
البيوت والدواب لما يحمل ويكون له ان يواجر من مال القراض
من يخدمه في سفره ان كان المال كثيرا وكان مثله لا يخدم
نفسه فان **قلت** فهلا نبه المولف على شرط كثرة المال في ايجاب
الخدمة كما ذكرته عن المدونة **قلت** استغنى عن ذكر هذا الشرط
هنا لانه لعتبره الان في وجوب النفقة والكسوة فان **قلت**
وكيف يلزم من اعتباره في الكسوة والنفقة اعتباره في الخدمة
قلت لان وجوب النفقة اعم من وجوب الخدمة الا ترى انه
مهما وجبت الخدمة وجبت النفقة بخلاف العكس والشرط المعتبر
في الاعم معتبر في الاخص لان الاخص يستلزم الاعم فان قلت
حيث اعتبر المولف كثرة المال انما ذكرها في النفقة والكسوة
والكسوة والنفقة والكسوة اخص من النفقة بدون الكسوة والكسوة

وحدها اخص من الخدمه فكيف بالكسوه مع النفقه وقد استبان انه لم
يعتبر ذلك الشرط فيما هو اعم من الخدمه بل فيما هو اخص مما هو اخص
من الخدمة **قلت** لما اعتبر المولف هذا الشرط في النفقه والكسوة
لم يعتبره في مجموعهما وانما اعتبره في كل واحد منهما وعلى هذا التقدير
تكون النفقه اعم من الخدمه **وقوله** والقول قوله اذا اشبه • يعني
ان القول قول العامل في مقدار النفقه التي انفقها من مال القراض
بشرط ان يشبه قوله كما يكون القول قول كافل اليتيم في قدر ما
انفقه على اليتيم وهل يلحق اليمين في حق العامل اصول المذهب تقتضي
ان حقق عليه الدعوى حلف والاجرت على ايمان التهم ومقتضى
النظر هنا وهو ظاهر كلام المولف انه يفرض له من ذلك ما يشبه في
العادة ويسقط الزايد لانه ان كان صادقا في انه انفق ما يشبه
فذاك وان لم يكن صادقا فيه فقد انفق من ماله ما يجب له به
الرجوع على غيره قال في المدونه عن ابن القسم اذا قال العامل انفقت
في سفري من مالي مايه درهم لارجع بها في مال القراض صدق رجع
او خسر ورجع بها في المال ان اشبه ذلك نفقة مثله ومعنى هذا
اذا كان الباقي من المال بعد الخسارة مايه درهم فاكثر ولو بقي اقل
لم يكن له الا ذلك قال ولو ادعى ذلك بعد المقاسمه لم يصدق
وقبل مالك قوله في ذلك ذكره ابن المواز وقال في العتبيه اذا ادعى
بعد المفاصله انه نسي طلب النفقه قبل قوله ويحلف **وقوله** وله
الكسوة في بعيد لا في قريبه وقال ابن القسم الا ان يطول • يعني
ان للعامل جميع كسوته في المال بالمعروف مثل ما تقدمه في النفقه
لكن يخالف النفقه في ان النفقه تجب في مطلق السفر والكسوة
لا تجب في السفر القريب اذا لم يطل مقام العامل فيه وتجب
فيه اذا طال مقامه وتجب ايضا في بعيد السفر وذلك ان النفع
ينقطع ما بعد منه عما قبلها في كل يوم والكسوه لا ينقطع لان ما يكون

العامل

العامل لا يبقى منها يوم القراض يبقا لا ابتا له فيما بعد ذلك فلا يحتاج
الى تجديد الا بعد طول وقال القاضي عبد الوهاب للعامل من الكسوة
التي لولا الخروج بالمال لم يحتج اليها ورده الباجي بالنفقه فانه
يجب للعامل جميعها في السفر لا القدر الذي زادت نفقة السفر على
نفقة الاقامه ووقع لهم ان ما بين دمياط ومصر من السفر القريب
الذي يجب فيه النفقه دون الكسوة الا ان يطول المقام كالشهرين
ونحوهما ولمالك عند ابن حبيب ورواه عيسى عن ابن القسم ان لا كسوة في مثل
هذا السفر ولو طال المقام **وقوله** واما القليل فلا نفقه فيه ولا
كسوة • هذا مما لا خلاف فيه في المذهب ومعناه على ما تقدم اذا
كان العامل ليس بيده من القراض غيره بخلاف ما لو كان مالان لرجلين
كل واحد منهما قليل ومجموعهما كثير على نصوص المذهب وقد تقدم
اختيار اللخمي قال بعض الشيوخ ان كان السفر بعيدا والمال
كثيرا فالنفقه والكسوة وان كان السفر بعيدا والمال قليلا فلا
نفقه ولا كسوة وان كان السفر قريبا والمال قليلا فله النفقه
دون الكسوة على ما في سماع عيسى وظاهر ما في الواضحة انه لا نفقه
له ولا كسوة واما قدر اليسير ففي الموازيه نفي التحديد وفي الموازيه
ايضا في القراض والبضاعه خمسون دينارا واربعون له فيها
النفقه والكسوة في بعيد السفر وفي القريب النفقه دون الكسوة
ولمالك في مختصر ما ليس في المختصر لا ينفق منه اذا كان يسيرا وان
كان سبعين دينارا وفي كتاب ابن المواز قيل فاذا بعث معه
بضاعه ليشتري بها سلعة اينفق منها قبل ان يشتري قال نعم
وكذلك لو بعث معه سلعة ليبيعها له فلينفق منها اذا باع وان
كان ذلك على وجه المعروف وذكر ابن يونس ان العرف عندهم
في البضاعه ان كان الخروج لها ومن اجلها فيجب ان تكون له
اجره ونفقه وان كان انما خرج لتجارة نفسه فبعث معه ببضاعة

المال

اومال لشرا سلعة فالعرف عندهم ان لاشي له قال فيجب ان يحمل
عليه وهو قريب مما قاله اللخمي لانه بعد ان ذكر عن محمد ان البضاعة
كالقراض في الكسوة قال العادة اليوم انه لا ينفق ولا يكتسي من البضاعة
وانه فيها على احد امرين اما ان يعمل بها على وجه المكارمة فلا نفقة له
او على اجارة معلومة لا يكون له غيرها وللشيخ ابي محمد تقييد على ما
في كتاب محمد من وجوب الاجرة على البضاعة الكثيرة انما يكون
له الاجر على البضاعة اذا كان مثله يواجر نفسه والا فلا **وقوله**
واذا فات القراض الفاسد فثلاث روايات قراض المثل واجرة
المثل ابن القسم ما فسد لزيادة احدهما اولشرط رب المال مما يحوج
الي نظر فاجرة المثل وما عداه لضمان المال او تاجيله فقراض
المثل وروي في الفاسد بالضمان له الاقل من قراض المثل او المسمي
قد تقدم في اثنا كلامنا على المسايل حكم كثير من فروع القراض
الفاسد اذا وقعت ما يجب فيها بحسب المنصوص في اعيان
تلك الفروع ومراد المولف هنا ان يذكر ما جرت به عادة اهل
المذهب من بيان حكم القراض اذا وقع فاسدا فاشار المولف
الي لزوم الفسخ اذا وقع القراض فاسدا ولم يفت وهو كذلك اذ
لا معني لكونه فاسدا الا لزوم فسخه من حيث الجملة ولم يبين المولف
ما مراده بالفوات هل هو شغل المال او نضوضه والاول هو الذي
يدل عليه مسايلهم وصرح به بعضهم فان **قلت** قد ذكر المولف
ان في القراض اذا وقع فاسدا وفات ثلاث روايات فاما الروايتان
الاولي والثانية فهما صريح في كلامه فاين الرواية الثالثة **قلت**
يحتمل ان تكون هي ما دل عليه كلامه بالالتزام لان كلام ابن القسم وما
بعده يدل علي وجود رواية ثالثة بالتفصيل بين ذلك التفصيل
هو كلام ابن القسم وما بعده ويحتمل ان تكون الرواية الثالثة هي
قوله وروي في الفاسد بالضمان الي اخره لان معناها ايضا التفصيل

في

في الصورة التي ذكرها المولف قراض المثل وما عداها من القراض
فاجرة مثله ويكون كلام ابن القسم الواقع قبل هذه الرواية زايدا في
المسالة فان **قلت** هلا عددت كلام ابن القسم رواية ثالثة ولا يمنع منه
نسبتها لابن القسم اذ لا مانع منها ان يتفق عليها ابن القسم ومالك معا
ويكون المولف استغني عن ذكر مالك هنا بما تقدم من نسبة الروايات
اليه **قلت** لو حملنا كلامه علي هذا للزم ان يكون المولف ذكر في
المسالة اربع روايات لا ثلاث روايات والاظهر هي الرواية الثانية
وبها قال الشافعي وابو حنيفة لان القراض اذا وقع فاسدا تجاذبه
اصلان في الشبهية القراض والاجارة ونسبته الي الاجارة
اولي لكثرة مسايلها والكثرة احد موجبات الرجحان وقد اطبق
الشيوخ علي ضعف الرواية الثالثة وما يشبهها من التفصيل وان
كانت هي اشهر الروايات وهي مبنية في الاصل علي مراعاة
الاشباه بحسب الوقايع وهي طريق سديد لكن الواقع منها
في كلام المتقدمين علي كثرته مشكل جدا فذكر المولف منها
قول ابن القسم والرواية التي بعده قال ابن حبيب اصل هذا ان
كل زيادة اشترطت داخلة في المال غير خارجة عنه
ولا خالصة لمشترطها فترد الي قراض المثل وكل زيادة ازداد[ها]
خارجة من المال او خالصة لاحدهما رد الي اجر مثله وكل خطار
او غرر يتعاملان عليه خرجا به عن سنة القراض فهو اجير
وقال اشهب وابن الماجشون يرد في كل قراض فاسد الي
اجارة مثله الا في مسالة واحدة اذا شرط ان لا نفقة للعامل
ولمالك في الموازية في القراض بالضمان ان له الاقل من قراض
مثله او ما سمي من الربح وطرد هذا بعض الشيوخ في كل قراض
فاسد وقال ابن القسم في المدونة اذا وقع القراض فاسدا بالعروض
او بالاجل او بالضمان او منهما او علي ان له في المال شركا او علي

[illegible]

ان لا يشتري الا بالدين فاشترى بنقد او على ان لا يشتري الا سلعة كذا
وهي غير مامونة فاشترى والحق بذلك مسلة وان لم تحصر القراض الفاسد
وهي اذا اختلفا واتيا بما لا يشبه فتحالفا وحلف غير واحد على من العتم
حتى صرح به بعضهم عنه ان ما عدا هذه المسايل من القراض الفاسد
ففيها اجرة المثل وقال بعض الشيوخ انه يرجع بالتاويل الى قول ابن حبيب
ومنهم من جعل في المذهب سته اقوال فذكر بعض ما قدمناه وزاد
قولا اخر انه يمضي القراض على ما اتفقا عليه من وجه صحيح ويسقط الشرط
الفاسد ووقع مثله لابن نافع في القراض الى اجل وقولا اخر عن ابن
نافع ايضا ان مشترط الزيادة ان اسقطها صح القراض وان ابا بطل
ورد الى قراض مثله **وقوله** وقراض المثل في الذمه الربح واجارة
المثل في الذمه ابن حبيب كلاهما في الربح وقيل كلاهما في الذمه فيفتقر بقوم
جز الربح لو صح العقد٠ يعني انه لما كان الحكم في القراض الفاسد اجارة
المثل في روايه وقراض المثل في اخرى والتفصيل في ثالثه وجب
من اجل ذلك ان يبين الفرق بين قراض المثل واجارة المثل لتظهر
ثمرة الخلاف فذكر الخلاف في كيفيه ذلك الفرق وابتدا بالقول الذي
جرت عادته في نقل الاقوال بتاخيره وهو التفصيل وانما قدمه هنا
لان المقصود من هذا الفرع كما ذكرنا هو الفرق بين الاجارة المثل
وقراض المثل ولا يتمشا ذلك الا على القول بالتفصيل الا نرى ان
التسويه بينهما حاصله على كل واحد من القولين الاخرين من هذا
الوجه الذي وقعت التفرقه به بينهما وايضا فان القول بالتفصيل
على هذا الوجه هو المشهور في المذهب فان قلت لا يلزم من تعذر
الفرق من هذا الوجه على القول الثاني والثالث تعذره من كل
وجه **قلت** هذا صحيح ولكن المولف لم يذكر في الفرق بينهما
الا هذا الوجه نعم الحق بان القول الثالث كلاما يقتضي فرقا ثانيا وهو
قوله فيفتقر بقوم جز الربح لو صح العقد وذلك كالجواب عن سوال
مقدر وهو ان الفرق بينهما في القول الاول اذ كان من جهة التعلق
بالذمه والربح فكيف يكون الفرق بينهما على القولين الباقيين فقال
ما معناه ان الفرق بينهما من حيث الكثرة والقله وذلك ان الشروط
مثلا في القراض توجب فساده وتوجب صعوبة في العمل على العامل
ولاسيما ان كانت تلك الشروط على العامل لا على رب المال فاذا
اوجبنا اجارة المثل قدرنا عوض العمل مجردا عن تلك الشروط لانا لو
عثرنا على القراض قبل تمامه لفسخنا هذه الاجرة على ظاهر المذهب
لاجل تلك الشروط فلا يكون لها عوض واذا اوجبنا قراض المثل
اعتبرنا عمل العامل بقيد تلك الشروط لانا لو عثرنا على القراض قبل
تمامه وبعد شغل المال لحكمنا فيه بالتمادي على ظاهر المذهب
فينتج ذلك لا محاله كثرة العوض وقلته هذا احسن ما يحمل عليه
هذا الكلام الذي اتا به المولف هنا على ما هو عليه من الاجمال
والله اعلم بمراده ولعله ايضا معنى كلام ابن القصار فتامل ذلك كله
وقد ظهر من كلامنا ان هنا فرقا اخر وهو انا حيث حكمنا بقراض
المثل يلزم تمادي العامل على عمله كما في المساقاة الفاسدة وحيث
حكمنا باجرة المثل فيفسخ العمل متى عثر عليه ويكون للعامل اجرة
ما عمل ولا يمكن من التمادي وهذا الفرق ايضا ليس متفقا عليه لكنه
هو المشهور وكذلك ايضا فرقوا من وجه اخر في المشهور فجعلوا
ان العامل احق من الغرما اذا وجب له قراض المثل واختلفوا هل
يكون كذلك في اجرة المثل اولا **وقوله** وله خلطه بما بيده له ولغيره
بخلاف الشركة والبيع نسيئة فان فعل ضمن والربح بينهما٠ يعني ان
للعامل ان يخلط مال القراض بمال له يشارك فيه بمال القراض
وله ايضا ان يخلط مال القراض بمال لغيره اخذه قراضا بخلاف
ان يشارك بمال القراض وله ايضا رجلا اجنبيا فانه يمنع من
ذلك ويمنع ايضا من بيع سلع القراض بنسيئه والفرق ظاهر لان

المال في مسلتي الخلط لم يخرج من يده فهو باق تحت يد امين رب المال
علي الوجه الذي اخذه منه وهو التجارة واما شركته لاجنبي وبيعه
بالنسيئة فاخراج المال رب المال من تحت يده بغير اذنه وذلك
ممنوع وزاد في المدونة يمنع من مشاركة العامل لعامل اخر لرب المال
الا باذن رب المال وشبههما بالوارد المودع ان يودع تحت يد
امين لرب المال فانه لا يكون له ذلك وقد تقدم من هذا المعنى وانه
لو شارك في شي بسلعة معينة انه لا باس بذلك وقال ايضا بن القسم
لو شارك رجلا فيما لا يغيب عليه ويقتسمانه انه جايز واذا منع
من المشاركة علي الوجه الذي قلنا فاحري ان يمنع من البيع نسيئة لانه
لا ينقطع نظره في المال بالمشاركة ولا يزال بعضه تحت يده بخلاف
بيع السلعة نسيئة علي انه قد وقع في المذهب قول بجواز اعطايه السلم
واستغرب به ابو عمران وهو لذلك مخالف لقواعد المذهب والله اعلم
قال في المدونة في مسلة الشركة ومسلة البيع نسيئة فان فعل ضمن
قال بعض الشيوخ فاذا باع بالدين يريد وتعذر فسخ البيع فانه يباع
الدين بالنقد علي مذهب بن القسم ويضمن الخسارة ان كانت فيه وقال
في كتاب محمد لو اسلف في طعام انه يغرم راس المال ويستاني
بالطعام حتى يقبض فان كان فيه ربح اقتسماه قال ولو سلف
ايضا في غير الطعام لم يجز وبيعت السلع بعد ان تقبض بنقد
لان كان ربح بينهما وان كانت خساره فعلى العامل وحده واعلم
انه لا يكون له خلط مال القراض بمال لرب المال اولغيره الا
لمصلحة لان مالكا قال في المدونه واذا خاف العامل ان قدم
ماله علي مال القراض او اخره رفع الرخص في ماله فالصواب ان
يخلطهما اويكون ما اشترى بهما من السلع علي القراض وعلي ما نقد
فيها بحصة القراض راس مال القراض وحصة العامل علي ما
نقد فيه ولا يضمن العامل ان خلطهما لغير شرط وقد تقدم الكلام علي

كذا

شرط الخلط قال ولو اخذ من رجل قراضا فله ان ياخذ من اخر ان لم
يكن الاول كثيرا شيغله الثاني عنه فلا ياخذ حينيد من غيره شيا قال
بن القسم فان اخذ وهو يحمل العمل بهما فله ان يخلطهما ولا يضمن وما جرت
عادة الطلبة من ذكر مسايل التداعي هنا اذا رع في احد المالين
ولم يدر بايهما هو وما يتعلق بذلك فليس مما بينا بسبب كلام المولف
فنتكلم عليه لان ذلك من عوارض الخلط واما قول المولف والربح عدم
بينهما فمعناه ان كون الضمان من العامل بسبب تعديه في هاتين
المسلتين لا يوجب له الربح حماية لرب المال في القراض لانه لو كان
للعامل الربح لعلة الضمان والضمان معلول لتعديه لكان ذلك حاملا
للعامل علي التعدي فابقوا حق رب المال في الربح علي ما كان
عليه والزموا العامل الضمان بسبب الخساره وغيرها ثم قال المولف
مبينا لطرد هذا المعنى وكذلك كل تعد فيه اي في القراض وذهب
بعضهم الي ان العامل يجب له الربح كله في مسايل الضمان بسبب المخالفة
لانها توجب انتقال مال القراض الي ذمته وذلك موجب لكونه
مالكا للربح **قوله** اما لو نهاه عن العمل قبل العمل فاشترى
فكالوديعة له ربحها وعليه غرمها • لما قدم ان ضمان العامل بسبب
تعديه في القراض لا يوجب اختصاصه بالربح وان هذه كلية مطردة
خشي النقض عليه بصورة ذكرها في المدونه وهي لو نهى رب المال
العامل عن العمل قبل شغله المال لم يكن للعامل ان يعمل في المال
لما قدمناه ان عقد القراض منحل قبل شغل المال فيكون المال
حينيد بيد العامل كالوديعة لسقوط الضمان عنه بالاصل وانه
غير ماذون له في تحركه فان حركه في التجارة بعد فيه
ضمنه وكذلك ان ضاع قبل نضوضه وان ربح فيه اختص بالربح
ولم يكن لرب المال دخول معه فيه لما ذكرناه من شبه الوديعة
اذا تجر فيها المودع قال بن حبيب ما لم يقر العامل انه اشترى السلعة

في هذه الصورة على اسم القراض فان اقرّ بهذا فالربح على القراض ولم
يخرجه ذلك من الضمان يريد ابن حبيب لان العامل التزم لرب المال
نصيبه من الربح منها فيلزمه الوفا بذلك وفيه عندي نظر لاحتمال
ان يقال ان العامل انما التزم هذا القدر الاعلى شرط عدم ضمانه للمال
واما على تقدير ضمانه فلا وان لم يوف بهذا الشرط فلا يلزمه ذلك
المشروط والله اعلم فان قلت هذا المعنى وان كان صحيحا ولكنا
اجمعنا على انه ملغا في الكلية المتقدمة الا ترى ان العامل لم يلتزم
دفع نصيب رب المال الا على تقدير كونه غير ضامن ومع ذلك
لم يوف له بهذا الشرط قلت اخذ رب المال لنصيبه في تلك الكلية
لم يكن لاجل ان العامل التزمه له حين تعديه وانما اخذه له بمقتضى
عقد القراض اولا وذلك العقد قد لزم بشغل المال قبل العدا فوجب
الوفا لرب المال بمقتضاه بخلاف مسلة ابن حبيب فان عقد القراض
منها قد انحل بنهي رب المال للعامل في وقت كان له ان ينهاه
فصار المال بيد العامل وديعة كما قلنا والتزم له العامل بعد ذلك
حظا في الربح على شرط لم يتم له **وقوله** بخلاف ما لو نهاه عن سلعة
فاشتراها • يعني ان استبداد العامل بالربح في المسلة التي فرعنا
منها انما كان بسبب انحلال عقد القراض وبقا المال تحت
يد العامل وديعة كما تقدم التشبيه وذلك السبب مفقود
من فرع وهو ما اذا نهى رب المال العامل عن شرا سلعة ثم
فاشتراها فانه لا يستبد بربحها بل يرجع الحكم فيها في الخسارة
والربح معا الى حكم تلك الكلية المتقدمة لبقا عقد القراض
بينهما على ما كان عليه فان قلت استبداد العامل بالربح فيما تقدم
الان انما كان لاجل تصرفه في المال بعد انحلال القراض فهب ان
ذلك السبب منتف حيث اشترى السلعة المنهي عنها بعد شغل
المال ولكنه غير منتف اذا اشترى السلعة المنهي عنها قبل شغل المال

الا ترى ان عقد القراض حينيذ منحل هو ان لكل واحد منهما ان يحله فاذا
اشترى العامل تلك السلعة قبل ان يحله بقي تلك الكلية السابقة على ما كان
عليه لانتفا المعارض والله اعلم فان فرضتم انه حله عنه وبعد ذلك
اشترى فنقول شرط هذا الانحلال ان يعلم رب المال بان العامل
حل نفسه عقد القراض ولم يتحقق وجود هذا الشرط **وقوله** وله السفر
على الاصح ما لم يحجر • يريد ان للعامل السفر بمال القراض عند اطلاق
العقد وفي ذلك قولان مذهب المدونه هو ما ذكرناه وقال ابن حبيب
السنه ان لا يخرج به الا ان ياذن له صاحب المال وهذا هو القول
المقابل للاصح واعتبر بعض الشيوخ القرابن كما لو كان شان العامل
الاسفار وعلم رب المال حاله فلهذا السفر وكما لو كان شانه الادارة
في البزازين وشبه ذلك والبلد متسع والمال قليل وشبه ذلك
لم يكن له السفر وقال مالك في كتاب محمد لا يصلح ان يشترط عليه
ان لا ينزل فريه واما شغله المال قول المولف ما لم يحجر معناه ما لم
يحجر رب المال على العامل السفر قبل شغله المال في سلع تصلح للسفر
قاله مالك في المدونه واما ان اشترى سلعا تصلح لذلك فليس له منعه
وزاد ابن القسم فيها وكذلك لو تجهز واشترى متاعا يريد به
بعض البلاد فهلك رب المال فللعامل النفوذ به وليس للورثه
منعه وهم في هذا كوليهم وفي كتاب ابن المواز اذا قام غرما رب
المال بعد ان خرج بالمال واملن بيع السلع بيعت واخذ ذلك
الغرما وكذلك ان كان ذلك عينا فلهم اخذه واما غرما العامل
فلا شي لهم الا بعد وصول المال الى يد ربه والذي قاله في غرما
العامل واضح وما قاله في غرما رب المال مشكل وظاهره مخالف
للمدونه فتامله وقد استشكله بعضهم **وقوله** وله ان يزارع ويساقي
ما لم يكن موضع ظلم فيضمن • مراده بالمزارعه هنا ان يشتري العامل

بالمال طعاما واله الحرث او يكترى تلك الاله والاجير الان تلك مما قصد
به تنمية المال فيتناوله عقد القراض كما يتناول غيره من وجوه التنمية
وكذلك اخذ نخلا او غيرها مساقاه وينفق عليها مال القراض اذا
كان من النظر واما شرط انتفا الظلم فانما صرح به في المدونه في المزارعه
وكلامه يحتمل في المساقاه على انه لم يختلف في تضمين العامل اذا زرع بكون
المكان موضع ظلم فقال يري انه خطر فقد تبين موضع خطر ولكنه
لم يعتقد في هذا الزارع الخاص انه مخاطر لجاهه او لغير ذلك قال
ابن القسم في العتبيه ان اخذ مالا قراضا فاشترى به ظهرا فاكراه
فنما المال او نقص اراه متعديا وضامنا وتردد بعض الشيوخ في
كون هذا الفرع مخالفا لمسله الزارع او موافقا والفقه في هذا
راجع الي اعتبار ما دلت العاده عليه وعند عدم دلاله العاده يرجع
الي الاصل وهو عدم التضمين **وقوله** ولا يشتري بنسيئة وان اذن
لا خفا ان فاعل يشتري ضمير يعود على العامل وان فاعل اذن ضمير
يعود على رب المال وانما لم يبين المولف ذلك لعدم اللبس ولان الاذن
انما يحتاج اليه العامل من رب المال وقصد المولف ان منع اشترى
العامل بالدين مخالف لمنع بيعه بالدين لان الاول من حق الله تعالى
اذ لو جاز شراؤه بالدين لجاز ان يقارضه بغير راس مال وذلك
اكل المال بالباطل واما بيعه بالدين فتعريض المال للتلف
يجوز ان اذن فيه رب المال فان اشترى العامل به بين فظاهر
الروايات ان الربح في ذلك والخساره للعامل وعليه غيرا نه وقع
لابن القسم ما يوهم الخلاف وليس بخلاف قال لو اشترى سلعة
بمال القراض وهو في بيته فتسلف ما نقد فيها من رب المال
او غيره فنقده ثم باعها ثم اشترى بمال القراض سلعة اخرى
وباعها فخسر اكله في القراض ما ربح في السلعتين او في احدهما او وضع
لانه كان يمكنه نقده اولا قال في العتبيه ويجبر ما ربح في هذه ما خسر

في الاخرى

الاخرى فالفرق بين هذا وبين ما قلنا انه ظاهر الروايات هو ما اشار
اليه ابن القسم ان هذا اشترى بمال القراض والمشتري بالدين ما اشترى
بمال القراض وانما قصد الي الشرا على ذمته **وقوله** ويبيع بالعرض
يعني ان العامل مخالف للوكيل من وجوه هذا احدها انه يبيع بالعرض
بخلاف الوكيل المخصوص فانه لا يبيع بالعرض فان قلت تسويغ
البيع له بالعرض موجب لشبهه بالوكيل المفوض اليه ومنعه من البيع
بالدين وشبهه موجب لالحاقه بالوكيل المخصوص وذلك متناف
قلت المختار انه كالوكيل المخصوص وعليه تنزل اكثر المسايل
لكن لما كانت مراتب الوكلا المخصوصين متعدده كان عامل القراض
شبيها بمن وسع له في النظر من الوكلا المخصوصين وسبب ذلك
ان العامل جعل له تنمية المال وحفظه وتنميته تكون ببيع السلع
وشرائها فلو قيل له لا تشتري العرض الا بعين لكان ذلك تحجيرا في
التنميه مفسدا لعقد القراض وهذا منتف في حق الوكيل على حفظ
المال دون تنميته فان جعل للوكيل التنميه مع الحفظ لم ينافي هذا
التحجير عقد الوكاله وان نافاه عقد القراض لان القراض معاوضة
يفسدها التحجير بخلاف الوكاله فتامله **وقوله** ويرد بالعيب وان
ابا المالك يعني ان العامل اذا اشترى سلعة للقراض فاطلع فيها
على عيب يوجب للمشتري الرد فاراد ردها على البايع بسبب ذلك
كان هو المقدم في ذلك على رب المال لان العامل لو اراد رجوعها
ببيعها من غير البايع بمثل ثمنها فاكثر لم يكن لرب المال في ذلك
مقال فقصارى ردها على بايعها واخذ الثمن منه ان يكون كبيعها
غير ان هذا موقوف على شرط قاله في المدونه وهو غير خاص بهذه
المسله ان يكون ذلك على وجه النظر من العامل وان حابا فهو متعد
ويبين ويجوز من ذلك ما يحمله نصيب العامل قاله في المدونه ايضا
قال ولذلك قال اذا باع العامل سلعة فطعن عليه بعيب فحط

الثمن اكثر من قيمة العيب او اقل او اشتري سلعة من ولده او ولد ولده
مما كان من هذا نظرا بغير محاباة جاز **وقوله** فان كان الثمن جملة
المال فللمالك قبوله • يعني فلو كانت المسئلة الاولى بحالها الا ان
الثمن كان هو جملة المال فاراد العامل رد المعيب وقال المالك انا
اقبله بذلك لكان القول قول رب المال لان لرب المال ان يقول
للعامل ان رددت ذلك المبيع على بايعه نض المال وكان من طلب المفاصلة
منه فالعمل على قوله هكذا اشار اليه في المدونه وهو بين اذا كان
قصد رب المال اخذ ذلك المبيع لنفسه وان كان بقصد ان ياخذه
للقراض لم تطرد هذه الحجة فيه لان العامل يدخل بذلك في عهدة
بيعه لعد هذا بخلاف ما اذا اخذه رب المال لنفسه ولذلك قال
الشيخ ابو عمران لو كان ثمن هذا المبيع عرضا لقدم فيها قول العامل
قال لان العامل يرجو الربح في ذلك العرض اذا عاد الى ربه يعني ولا
تطرد فيه حجة رب المال لانه لا يقدر على المفاصلة التي اشار اليها
في المدونه **وقوله** ولا يشتري من رب المال منعه للعامل ان
يشتري من رب المال محمول على انه للقراض لا لما يحتاجه العامل
لنفسه ثم اطلاق كلامه يتبادر الى الذهن منه التحريم وظاهر
المدونه الكراهة وهو نص ما في كتاب ابن المواز وقال في المدونه
وان صح ذلك منهما لم يصح من غيرهما وله قول اخر في كتاب ابن المواز
من رواية ابن وهب وعبد الرحيم انه خففه ان صح وكذلك القولان
في الصرف منه واجاز ابو حنيفة المسئلة وقال الشافعي اذا كان
مما يتغابن الناس به فلا باس به فان قلت ما سبب الكراهة في احد
قولي مالك **قلت** خشية محاباة لرب المال فيوثر ذلك نقصا
في المال يحتاج العامل الى جبره بعمله هكذا صرح به بعض الشيوخ وفيه
نظر واما قول من قال من اصحاب مالك انما كرهه مالك خوفا ان
يكون راس المال رجع الى ربه فيصير القراض بعوض فهو وان كان

اقوي

اقوي مبادرة الى الذهن من الذي قبله غير انه لا يطرد في صرفه منه
لان قصاراه ان يؤل الى قراض بذهب ان كان قد ابتدي بفضة
وعلى العكس واما عكس هذا الفرع وهو اشترا رب المال من العامل
فقال مالك في الموطا لا باس به اذا كان صحيحا على غير شرط واشار
بشرط الصحة خشية ان يتوصل بذلك الى اخذ شي من الربح قبل المفاصلة
وسوا كان اشتراوه بنقد او الى اجل قال ابن القسم فان اشترى سلعة
لياخذها من القراض فقال ابن القسم لا خير فيه وان اشترى العامل
من رب المال بعض سلع القراض فان كان مع استدامة القراض
جاز نقدا ولا يجوز الى اجل واجازه الليث ويحيى بن سعيد نقدا والى
اجل وان كان عند المفاصلة جاز بالنقد واما التاخير ففيه
ثلاثة اقوال المنع لمالك والاجازة قاله ابن حبيب عن اصحاب مالك
قال وعن ابن القسم والفرق بين ان يكون بمثل راس المال فاقل
فيجوز او يكون باكثر من راس المال فلا يجوز قاله علي عن ابن
القسم ولعل هذا هو مراد ابن حبيب بما نقله عن ابن القسم وان كان
مراده الكراهة وهو اقرب الى لفظه كان قولا رابعا **وقوله** ولا
باكثر من المال • تقدم من هذا المعنى وقال مالك في المدونه في العامل
يشتري سلعة باكثر من راس مال القراض ليضمن ما زاد دينا
ويكون في القراض انه لا خير فيه **وقوله** ولو اشتري من يعتق
على رب المال وهو عالم فان كان موسرا عتق وغرم ثمنه لضمانه
بالتعمد والولاء لرب المال • تصور كلامه جلي وكانه يلتزم في
هذا القول امرين احدهما الاعتاق عن رب المال فلذلك كان الولا
لرب المال والثاني اداء الثمن من ماله قال ابن المواز وسوا كان
الثمن اكثر من القيمة او لا وقال سحنون لا يعتق على العامل اذا كان
عالما وقال اشهب ان كان فيه ربح عتق منه قدر ذلك الربح
وبيع الباقي واختاره اللخمي محتجا بان العامل كالوكيل وقد اقر انه

وهذا

لم يشتره لنفسه **قلت** وهو صحيح الا انه ينتج صحة ما قاله سحنون والذي
يعطيه النظر كان على مذهب اشهب اذا كان فيه ربح ان يقوم على العامل
وما قاله في الولاء جار على النظر اذا اسلم له ان الاعتاق عن رب المال
كما قلنا ويجري على مذهب اشهب ان يكون ولاء ما اعتق للعامل الا
انه مشكل بعد التقويم كما قلنا ويحتمل ان يقال انما الزم العامل اعتاق
مقدار نصيبه في الربح عن رب المال لا عن نفسه فلذلك لم يقوم
عليه **قوله** وان كان معسرا بيع بقدر راس المال وحصة الربح
وعتق الباقي • يعني فلو اشتراه عالما بانه قريب لرب المال كاخوه
او ابوه او ولده وهذا هو العلم المشروط في هذا الفصل لا علمه بان
الحكم الشرعي اعتاقه على رب المال فان العلم بالحكم او الجهل لا
اثر له عندهم هنا وانما يعتبرون العلم او الجهل في اسباب الاحكام
فاذا كان عالما بما قلناه وهو معسر تعذر عتق نصيب المالك ووجب
حفظ ماله عليه فيبيع من العبد بمقدار راس المال وحظ المال
من الربح وعتق ما بقي على العامل هذا قول ابن القسم في المدونه وقاله
اشهب في كتاب ابن المواز وقال فيه ابن القسم يتبع بالثمن
في عدمه اذا كان عالما ويعتق جميعه قال غير واحد من
الشيوخ ومعنى قوله في المدونه وغيرها يباع منه بمقدار راس
المال وحظ المال من الربح انه كان في المال ربح قبل شرائه فهذا
هو الربح الذي يباع بسببه من العبد واما الربح الذي يكون في العبد
بسبب زيادة قيمته على ثمنه فلا يلتفت اليه ولا يلزم العامل غرمه
لرب المال واذا بيع لما ذكر فلم يوجد من يشتري من العبد جزءا
فانه يباع جميع العبد وكذلك لو لم يوجد من يشتري براس المال وحظ
ربه من الربح الا اكثر من حظه في العبد فانه يباع على نحو ما وجد لوجوب
تقدم حق رب المال في العبد **قوله** فان كان غير عالم عتق على
رب المال وللعامل عليه حصة ربحه • يعني فان كان العامل غير عالم

مضي

العاشر

مضي شراؤه وعتق العبد كله على رب المال لعدم علمه عتقه على
العامل وهي كونه ملتزما للعتق اذ يستحيل التزامه لذلك مع جهله
بالقرابة التي بين العبد وبين رب المال وهذا فيه اشكال لان
العامل كالنايب في التصرف عن رب المال بعقد هذه الوكالة
ان تضمن دخول هذا العبد كما تضمن غيره من العبيد لزم اعتاقه
على رب المال ولا اثر لعلم العامل ولا لجهله وان لم يتضمن ذلك
كان اشتراه العامل له كسلعة نهاه عن شرائها فاشتراها فلا
تلزم رب المال ولا يلزم العامل ايضا اعتاق هذا العبد فقد
حصل من مجموع الامرين انه لا يلزم العامل شي ولا معنى للتفرقه
بين علمه وجهله واذا سلم ما ذكره المولف وهو ظاهر المذهب
اذا كان رب المال مليا فان كان معسرا قال بعض الشيوخ
فحكمه حكم العبد بين الشريكين يعتق احدهما نصيبه وهو معسر
فيبقى حظ العامل هنا في العبد ملكا له قال ابن المواز واذا ادعى
رب المال ان العامل عمد لشرائه بمعرفة وانكر العامل فالقول
قول العامل قال ابن رشد والذي يتحصل في هذه المسلة اذا اشتراهم
وهو يعلم ستة اقوال احدها قوله في المدونه انهم يعتقون عليه
ان كان له مال ويباعون ان لم يكن له مال والثاني انهم
يعتقون على رب المال وهو الذي ياتي على ما في كتاب الرهون
في بعض الروايات والثالث ان البيع لا يجوز وهو الذي
ياتي على ما في كتاب العتق الثاني في الاب يشتري من يعتق على ابنه
الصغير والرابع انه لا يعتق على واحد منهما وهو قول ابن القسم
في اصل سماعه والخامس انه يضمن الثمن ويكون له العبد وهو قول
مالك في رواية ابن ابي اويس عنه والسادس ان رب المال بالخيار
ان احب ان ياخذه فيعتق عليه ويكون للعامل فضله ان كان فيه
فضل وان احب ان يضمن العامل التعدية كان ذلك له قال واذا اشتراهم

وهو لا يعلم قولان احدهما ما ذكره المولف والثاني قول ابن القسم في
اصل سماعه المغم لا يعتقون علي واحد منهما **وقوله** ولو اشترى من
يعتق عليه وهو عالم فقال ابن القسم ان كان في المال فضل وهو موسر
عالم عتق عليه بالاكثر من ثمنه او قيمته وان كان غير عالم فبقيمته
وقال المغيره فبقيمته فيهما فان كان معسرا بيع مما وجب له وعتق
الباقي فان لم يكن فضل لم يعتق شي وقيل يعتق في اليسار ظاهر كلامه
ان هذا الفصل مقسم علي مسلتين انتهت الاولي منهما الي قوله وقال
المغيره بقيمته فيهما وان كان ما بعد ذلك مسلة ثانيه ويكون
قوله وان لم يكن فيه فضل لم يعتق شي من كلام ابن القاسم لا من كلام المغيره
ولا شك ان الضمير المجرور باللام من قوله بما وجب له راجع الي
رب المال والقول الاخير الذي فرق فيه بين اليسار والعسر
في كتاب ابن المواز وقد اختلف الفاظ المختصرين هنا للمدونه فان
اشترى العامل من يعتق عليه ويودي الي رب المال الاكثر من
قيمته يوم الحكم او من الثمن الذي اشتراه به وقال المغيره لا يعتق عليه
شي اذا لم يكن فيه فضل ويباع فيدفع ثمنه الي رب المال هكذا حكى
بعض الشيوخ هذا الفرع وهو مما يتبين به ان كلام المولف هنا اذا
لم يكن فيه فضل في العسر علي ظاهر قوله لا في الموسر والا تناقض
النقلان **وقوله** ولو وطي امه القراض فعليه قيمتها يوم الوطي ان
شا رب المال وان كان معسرا بيعت واتبع بالباقي • يعني اذا
اشترى العامل امة من مال القراض فوطيها ولم تحمل فلا يخلو ان
يكون موسرا او معسرا فان كان موسرا خير رب المال فان شا
الزمه قيمتها يوم الوطي وان شا ابقاها علي القراض وان كان
معسرا فلذلك الا انه اذا رضي بالزامه قيمتها بيعت عليه الجاريه
في تلك القيمه وهذا الذي قلنا من تخيير رب المال في اخذ القيمة
او ابقا الامه علي القراض اذا لم تحمل هو ظاهر كلام المولف وكذلك هو

وهو عالم موسر
ولا ربح فيه فانه يعتق
عليه

في النفقه

النفقه وبعضهم يقول يخير رب المال في اخذ القيمه او الثمن الذي اشتراها
به والزام العامل الثمن هنا بعيد لان العامل لم يجن عليه اذا سلم له رب
المال انه اشتراها للقراض او قامت علي ذلك بينه وظاهر كلام هذا القايل
انه لا يجوز له ردها في القراض وهو بعيد ايضا بعد تسليم ان
فرض المسلة علي الوجه الذي ذكرنا **وقوله** فان احبلها فهي ام
ولد وعليه قيمتها يوم الوطي وقيل يوم الحمل وقيل الاكثر منهما وقيل ومن
الثمن • يعني فان وطي العامل امة القراض وهو موسر فحملت منه فاختلف
المذهب في الذي يلزمه عوضا عنها بعد اتفاق ظاهر الروايات علي
انها تكون له ام ولد فقيل قيمتها يوم الوطي وقيل قيمتها يوم الحمل
وقيل اكثر القيمتين وقيل الاكثر منهما ومن الثمن الذي اشتريت به
وقال ابن حبيب يلزمه الاكثر من ثمنها او من قيمتها يوم الوطي
والاصل هو القول الاول لتعدي العامل وان القيمه معتبره يوم
التعدي **وقوله** فان كان معسرا فله ذلك ان شا في ذمته والا ثمن
المال ان كان فيه فضل والا بيعت كلها واتبع بما بقي • يعني فان كانت
المسلة بحالها الا ان العامل الواطي معسر فالحكم ان يعطي رب المال
قيمة الامه او الاكثر علي الخلاف المتقدم من ذمة العامل ان كان له
مال في القراض او في غيره فان لم يكن له مال فلرب المال بيعها
في الثمن او القيمه فان بقي له من الثمن او القيمه بقيه عما بيعت به الامه
الان اتبع العامل بتلك البقيه وعن مالك وابن القسم انه يتبع بالثمن
دينا بالمثمن قال سحنون وهذا لا يعتدل وراى ان تباع عليه الا ان
يكون فيها فضل فيباع منها بالقيمه ويكون الباقي بحساب ام ولد
هكذا حكى بعض الشيوخ قول سحنون هذا وحكاه ابن يونس وهو
اصح والله اعلم انه يباع منها بقدر راس المال وحصه ربه من الربح
وما بقي فبحساب ام ولد وقول سحنون هذا علي الصفه الاخيرة
هو الذي تسكن اليه النفس **وقوله** وفي اتباعه بنصيبه من قيمة

الولد قولان يعني وحيث كان العامل معسرا في هذه المسئلة وبقيت من
قيمة الامة بقية في ذمته لرب المال فهل يلزم العامل من قيمة الولد نسبة
تلك البقية من جميع القيمة في ذلك قولان احدهما ان ذلك يلزمه وهو قول
عيسى واصل ابن القسم والثاني ان ذلك لا يلزمه وهو اصل اشهب على
ما حكاه بعض الشيوخ وهذا الفرع شديد الشبه بمسئلة الامة بين الشريكين
يطاها احدهما فتحمل منه وهو معسر الا انه اطلق المولف هذين القولين
وظاهر كلامه انه لا فرق في التفريع بين ان تعتبر القيمة يوم الحمل او يوم
الوطي وقال بعضهم انا اذا اعتبرناها يوم الوطي لم يكن لرب المال
في قيمة الولد شي ولعل هذين القولين يجريان على الخلاف في زمان
القيمة ما هو هل هو يوم الوطي او يوم الحمل **قوله** فان احبل الخ
من اشتراها للوطي لا للقراض وهو معسر فقال ابن القسم يتبع بالثمن
وعنه بالقيمة وقال مالك تباع كامة القراض وقال الباجي لو ثبت
بينة لم تتبع وفاقا • يعني ان الحكم الذي قدمه مقصور على امة
وطيها العامل واحبلها من اماء القراض واما لو كان اشتراه
اولا انما هو للوطي لا للقراض ثم وطيها واحبلها فلا يخلو ان يكون
مليا او معدما فان كان معدما فقال مالك هي كامة القراض
يكون حكمها معلوما مما تقدم لان العامل لما كان ماذونا له
في تحريك المال فليس له استبداد بهذه الامة وقال ابن القسم
انما تعدي هذا على مال فلا يكون عليه غيره لكن اختلف
قوله هل الواجب عليه ثمنها او قيمتها والاقرب كان بعد تسليم
صحة مخالفته لمالك هنا هو القول بلزوم الثمن لا القيمة ولا يجب
المساواة بين هذه المسئلة والتي قبلها مما هو قريب من قول
مالك وهو كان الظاهر كما اشرنا اليه قال ابن رشد ان هذا
طريق لبعض اهل النظر قال والذي اقول به ان هذا الاختلاف
انما هو اذا اشتراها ولم يعلم هل اشتراها للقراض او لنفسه

متسلفا

متسلفا ثمنها فحمله مالك على انه اشتراها للقراض ولم يصدقه انه اشتراها
لنفسه ولذلك قال تباع في القيمة في عدمه وحمله ابن القسم على انه اشتراها
لنفسه ولم يصدقه على انه اشتراها للقراض على ما في سماع ابي زيد
فقال لا تباع ويتبع بقيمتها قال يريد ان كانت القيمة اكثر من
الثمن واما ان علم انه اشتراها للقراض ببينة تقوم على ذلك فانها
تباع فيما لزمه من قيمتها قولا واحدا وان علم انه اشتراها لنفسه
فلا تباع ويتبع بالثمن قولا واحدا ودل كلام المولف بالالتزام على ان
العامل لو كان مليا لكان الحكم على خلاف هذا وهو ظاهر فانها
لا تباع حينيذ ولذلك ينبغي اذا لم يحملها ان يكون الحكم مخالفا لما
اذا احبلها وانه لا يكون لربها التعلق بعينها والله اعلم لكن نص
ابن حبيب ان ربها يكون مخيرا قبل الحمل ولعل لما قدمناه ان
مذهبه التسوية بين ان يشتريها للقراض او للوطي ورواية
ابي زيد التي اشار اليها ابن رشد والله اعلم هي ما ذكره ابن عبد
البر ان ابا زيد روى عن ابن القسم ان لم يظهر ذلك بعد الحمل الا
باقرار الواطي لم يقبل قوله لانه يريد بيع ام ولد واما ما نسبه
ما نسبه المولف للباجي هنا فليس بصحيح للباجي وانما هو
مقتضب من كلام ابن رشد الذي قدمناه عنه ذكره ابن شاس
عن ابن رشد لا عن الباجي لكن ابن شاس اذا ذكر الباجي في غالب
الحال يقول قال القاضي ابو الوليد واذا ذكر ابن رشد يقول
قال الشيخ ابو الوليد وكذلك ذكرهما في هذا الفصل فلم يفرق
المولف بينهما وظن انهما شخص واحد وان ذلك الشخص هو الباجي
فتامل الكلامين في محلهما من الجواهر تجد ذلك بينا كما هما في
المنتقى والمقدمات على ان ابن شاس لو عكس ما وصف
به كل واحد من هذين الشخصين لكان اولى لان ابن رشد ولي قضا
الجماعة بقرطبة شبيها بالمكره ولم يزل يسعى في العزل

حتي عزل والباجي رحمه الله انما كان والبا على اوريوله وليس لها قدر
قدر قرطبه موضع ولايه ابن رشد غير ان بعض الناس حكى ان الباجي
ولي قضا حلب في رحلته وكلا الشخصين بلغ في العلم الدرجه
العظيمه نفعهما الله بذلك وسلك بنا سبيل الاعه منه **وقوله** وان
اعتق وهو ملي مضي وغرم ثمنه وحصه ربح رب المال وان كان معسرًا
بيع بقدره وعتق الباقي • يعني ان العامل اذا اعتق بعض عبد القراض
فاما ان يكون مليا او معدمًا فان كان مليًا مضي عتقه ويغرم لرب
المال المال ان كان العبد هو جميع المال وحصه رب المال
من الربح ولعل مراد المولف بثمن العبد هنا هو راس المال ان كان
اشتري به وان كان معدما بيع من العبد بمقدار ما يجب على
الملي وعتق باقيه ان بقا منه شي قاله بن رشد في الموسر هذا ان
كان اشتراه بجميع مال القراض واما ان اشتراه من عرض مال
القراض ان كان فعند بن القسم انه يعتق عليه ويجبر القراض
من ماله بقيمته يوم العتق ان كان اشتراه للقراض او بالثمن الذي
اشتراه به ان كان اشتراه للعتق خلافًا للغيره ولغير بن القسم قال
قال في المدونه ولو اعتق رب المال عبدًا من عبيد القراض جاز
وضمن للعامل ربحه ان كان فيه ربح زاد ابو زيد وان كان عديما
اتبع بذلك قال يحيي ولا يعجبني ذلك يعني بل يباع منه بقدر ربح
العامل ويعتق ما بقي قال بن القسم في العتبيه وقال محمد اذا اتب
العامل عبدا من القراض فودي فلرب المال رده حتي يعتق باذنه
وما قبض منه كالغله فلو ودى عنه اجنبي صح قاله بن ميسر فينفذ
عتقه ان لم يكن فيه محاباة قال بن القسم وان اجاز رب المال
عتق المكاتب فلا شي للعامل من ولايه الا ان يكون فيه فضل فيكون
له قدر حصته منه **وقوله** ولو قارض متعديا فلا شي له وللثاني
ما شرط فان كان اكثر من جزئه غرمه وفي تعيين متبعه من المقارض

الثاني

الثاني او رب المال قولان لابن القسم واشهب • قد تقدم ان العامل
لا يقارض غيره الا باذن رب المال فان فعل ذلك صار متعديا ولم تكن
في المال خسارة ولا ضياع بل رده العامل الثاني على ربح فيه فلا يخلوا
اما ان يتساوي الجز الذي اخذ العامل الاول مع الجز الذي دفعه
عليه الي العامل الثاني اولا فان كان الجزان متساويين فلا اشكال
كما لو اخذ على النصف ودفعه على النصف ورده العامل الثاني
بربح والظاهر حكم هذا القسم سكت المولف عنه وان كان الجزان
مختلفين فاما ان يكون حظ العامل الاول اكثر من حظ العامل
الثاني او دونه فان كان اكثر كما لو اخذ المال على ان الثلثين
من الربح له والثلث الباقي لرب المال ودفعه على النصف فان
نصف الربح يكون للعامل الثاني ولا شي للعامل الاول في سدس
الربح ويكون النصف الباقي من الربح لرب المال قاله المولف وغيره
من الشيوخ قيل لانه لم يعمل في المال وانما يكون له حظ في الربح
اذا عمل **قلت** ولا يبعد جريان الخلاف فيه الا ترى ان العامل
الاول لو كان ضامنًا للمال لو تلف بيد العامل الثاني فينبغي ان
يوفى له بشرطه في الربح لضمانه وانما خالف القراض او دفعه
اذا تعدى فيهما من وجوه اخر غير هذا الوجه وان كان حظ
العامل الاول في الربح اقل من حظ العامل الثاني كما اخذ على
النصف ودفعه على ان الثلثين للعامل الثاني فلا شك ان العامل
الاول يغرم سدس الربح واختلف لمن يغرمه هل للعامل
الثاني ويكون رب المال احق بجميع نصف الربح الموجود
الآن او يغرمه لرب المال ويكون العامل احق بنصف
الربح والاول مذهب بن القسم والثاني مذهب اشهب
وهذا هو مراد المولف بقوله وفي تعيين متبعه الي اخر مراي
بن القسم ان حق رب المال في الربح كحقه في الولاده بدليل ان

زكاة الربح على ملكه على مذهب الجمهور ورأى اشهب ان رب المال لا تعلق
له مع العامل الثاني وقصاراه ان يكون كمتعد او مودع لم يؤذن له
رب المال في تحريك المال وذلك يوجب استبداده بنصيبه من
الربح وشذ بعضهم خارج المذهب فقال لا يكون للعامل الثاني من الربح
شي وانما له اجارة المثل **قوله** وكذلك لو خسر خسرانا متقدما
او كان بتعد • يعني ومثل ما مضى لو كان العامل خسر في المال ثم دفعه
لعامل ثان وهذا معنى قوله لو خسر خسرانا متقدما او كان اكل من
المال شيئا ثم دفعه للثاني وهذا معنى قوله او بتعد وبين ذلك
كله في المدونة قال فيها ولو كان راس المال ثمانين دينارا فخسر الاول
اربعين ثم دفع اربعين الى الثاني على النصف فصارت مائة ولم
يعلم الثاني علم بذلك فرب المال احق بما ياخذ ثمانين راس ماله
ونصف ما بقي وهو عشرة ثم ياخذ الثاني عشرة ويرجع على الاول
بعشرين دينارا وهي تمام نصف ربحه على الاربعين وقال اشهب
لا يحسب رب المال على الثاني الا اربعين راس المال فياخذها
ثم ياخذ نصف الربح وهو ثلاثون فان كان الاول اتلف اربعين
بعدا رجع عليه رب المال بتمام عشرة ومائة الى ما اخذ وان
هلكت بامر من الله تعالى رجع عليه بتمام تسعين وذلك عشرون
دينارا عشرة بقية راس ماله وعشرة حصته من الربح ولا ياخذ ذلك
من الثاني فيبطل عمله وارجعناه على الاول لانه ضامن بتعديه
وقوله ولو جنى العامل او رب المال على المال جناية او اخذ
شيئا كان عليهما كاجنبي والباقي على القراض حتى يتفاصلا • يريد
ان ما جناه العامل او رب المال او اخذاه هما او احدهما اختيارا
منهما وفي المال لا يعد ربحا ما بقي بيد العامل راس مال بل لو ضاع
ما بقي بيد العامل فانه يحتسب ما اخذاه او اخذه احدهما من راس المال
ان احتيج الى ذلك لان المفاصلة في الربح انما تكون بعد قبض رب

المال

المال راس ماله واذا كان كذلك كان احدهما لما اخذاه من المال
كاخذ الاجنبي له اذ يجب رده الى المال كما يجب رد ذلك من يد الاجنبي
وهذا هو وجه التشبيه الذي ذكره المولف وهذه المسيلة مثل قرينه
في المدونة وغيرها قال مالك فيها وليس ما استهلك العامل
من المال مثل ما ذهب ان خسر لان ما استهلك قد ضمنه ولا حصة
لذلك من الربح الا انه تمام راس المال قال وان تسلف العامل نصف
المال واكله فالنصف الباقي في راس المال وربحه على ما شرطا
وعلى العامل غرم النصف فقط ولا ربح لذلك النصف وان اخذ
مائة قراضا فربح فيها مائة ثم اكل منها مائة ثم تجر في المائة الباقية
فربح فيها مائة فمائة في ضمانه وما بقي في يده مع ما ربح بعد ذلك
فهو بينهما على ما شرطا ولو ضاع ذلك فلم يبق الا المائة التي في ذمته
ضمنها لرب المال ولا بعد ربح الا بعد كمال راس المال ثم اختلف
الشيوخ اذا عرض في هذه المسيلة فلس العامل كيف الحكم في ذلك
فقال بعض الشيوخ اذا فلس العامل وقد كان اخذ مائة فاكل
منها خمسين قبل ان يتجر ثم تجر في الخمسين الباقية فصارت مائة
ثم فلس فيكون على مذهب ابن القسم احق بالمائة من الغرما وينبغي
عند خسون تحاص فيها الغرما لان الربح اولى ان يجبر به راس
المال من ان يكون للعامل كما لو ضاع من المال خمسون فتجر
في الخمسين الباقية فصارت مائة ان رب المال اولى بها واحتج
على ذلك بقول ابن القسم في المسيلة التي خالف فيها اشهب فوق
هذا وذلك ان ابن القسم قدم فيها رب المال على العامل الثاني
الذي هو احق من الغرما لكونه نما المال فلان يقدم في هذه المسيلة
رب المال على الغرما اولى وقال غيره من الشيوخ بل ياخذ
المائة التي بيده خمسين راس ماله وخمسة وعشرين حصته من الربح

يحاص في الخمسة والعشرين بقية الربح بالخمسين التي عليه قال وذلك
وذلك بخلاف ضياع الخمسين لان رب المال لا مرجع له علي الذي ضاعت
له الخمسون وله علي الذي اكلها الرجوع بها قال وكذلك العامل
الثاني في المسئلة التي فوق هذه له الرجوع علي العامل الاول فلذلك
كان رب المال اولي بجبر راس ماله منه وعلي هذين القولين
سيلك في مسئلة المائة التي ذكرناها الان عن المدونة فيجب
ان ياخذ رب المال علي القول الاول من يد العامل مائة ويكون
احق بها لانها راس ماله وياخذ خمسين من المائة الثانية حصته
من الربح ويضرب بخمسين حصته من الربح من المائة التي اكل لانها
صارت ربحا فيضرب بها في الخمسين الباقية من الربح مع غرما
العامل وعلي القول الثاني يجب ان يكون ما اكل نصفه من
راس المال ونصفه من الربح الباقي من راس المال خمسون
فياخذها وياخذ نصف ما بقي وهو خمسة وسبعون حصته من
الربح ويضرب في الخمسة والسبعين الباقية ببقية راس المال
الذي اكل العامل وبنصف الخمسين الباقية مما اكل لانها حصته
من الربح الماكول فيضرب في هذه الخمسة والسبعين الباقية بهذه
الخمسة والسبعين المستحقة قبل العامل مما اكله ولنكتف بما ذكرناه
من مثل هذه المسئلة ففيه غنية عن ما تركناه **وقوله** ولكل
منهما فسخه قبل العمل • يعني ان لكل واحد من رب المال والعامل
الانحلال عن عقد القراض قبل شغل المال في السلع فقولنا
الانحلال او الفسخ فيه تجوز بحسب الحقيقة العرفية فان
عقد القراض قبل شغل المال ينحل بنفسه وانما يستعملون لفظ
الفسخ وشبهه في العقود التي هي لازمه اما شرعا كالعقود
الصحيحة في البيع والاجارة وشبههما واما علي ما دخل المتعاقدان

لازمه

لزمه في ظنهما وان كان فاسدا من العقود المذكورة واما ما هو منحل
كبيع الخيار فقل ما يطلقون لفظ الفسخ عليها والله اعلم وقد تقدم ما
اشار اليه بعض الشيوخ من الاتفاق علي هذا الحكم في القراض **وقوله**
ويلزم بعده حتى ينض ولبعد الظعن • اما لزومه بعد العمل فلا اعلم
فيه خلافا في المذهب واللزوم فيه من الجانبين وليس مقصود المولف
بيان هذا اللزوم فانه مدلول عليه بحسب مفهوم الزمان حيث
قال الان ولكل منهما فسخه قبل العمل فان عادته الاكتفا بمثل هذا
المفهوم وما ضعف دلالة منه وانما مراده بيان غاية اللزوم لقوله
حتى ينض اذ لولا هذا البيان لاحتمل ان يقال حتى ينض المال مرة
او مرتين او غير ذلك او الرجوع الي العادة في بعض السلع فبين ان
غاية اللزوم نضوض المال اول مرة الا ان يتراضيا علي غير ذلك
ثم بين ان الظعن بالمال يتنزل منزلة شرا السلع بالمال او الشرا
ببعضه لان فيه من الكلفة علي العامل مثل كلفة الشرا بالبعض فاذا
ظعن بالمال ثم طلب منهما التمادي حتى ينض اول مرة كان ذلك
له **وقوله** ومثل الزاد والسفرة لا يمنع • ظاهر كلامه ان عدم المنع
هنا من الجانبين وانه اذا اشتري العامل من المال السفرة والزاد
يريد السفر بالمال ثم طلب هو او رب المال الانحلال من القراض
كان ذلك له والذي ذكره من المواز ان رب المال اذا طلب الانحلال
حينيذ مكن منه ولم يقل ان العامل اذا اراد الانحلال حينيذ
من القراض مكن فان **قلت** الاصل هو المساواة بينهما في الحكم
وانه اذا كان لاحدهما الانحلال كان للاخر كذلك **قلت** الفرق
هنا ظاهر لان الضرر في هذه المسئلة مقصور علي رب المال فاذا رضي
برد السفرة والزاد لم يكن للعامل عليه مقال اذ لا ضرر عليه واذا
طلب ذلك العامل وامتنع منه كان لرب المال الامتناع لما يلحقه
من ذهاب بعض راس المال المصروف في الزاد والسفرة **وقوله**

واذا استنض بعد العمل نظر الحاكم فاخر ان كان نظرا والا فلا فاعل استنض
ضمير يرجع الي رب المال اي طلب نضوض المال وهو في سلع وخالفه
العامل وطلب تاخير تلك السلع وذلك انه تقدم الان ان عقد القراض
اذا لزمهما فغايته ذلك اللزوم هي نضوض المال فاذا اراد احدهما بيع
السلع وطلب الاخر الصبر لرجا سوق فيها فان الحاكم ينظر في
ذلك فيامر ببيعها ان كان زمن بيعها او يوخر بيعها ان راي
ذلك قاله في المدونه قال فيها ايضا واذا اشترى العامل بجميع المال
سلعا يرجوا بها الاسواق فقال رب المال انا اخذ قيمه راس
مالي سلعا واقاسمك باقيها علي ما شرطنا وابا العامل ذلك فللعامل
لانه يرجوا الزيادة فيها باخذ رب المال اذا جاءت اسواقها **وقوله**
فلو مات العامل فللورثه الاتمام بخلاف المستاجر المعين • يعني فلو
مات العامل بعد لزوم القراض كان للورثه اتمام العمل الي
نضوض المال بشرطين وقال الشافعي ليس لوارثه ان يعمل ونحوه
لابي حنيفه والشرطان عند مالك احدهما ان يكونوا امنا او ياتوا
بامين والثاني ان يقووا علي العمل او ياتوا بمن هو كذلك فان قلت
لم كان لهم هذا والعمل كان في القراض متعينا في ذات العامل
بدليل ما قدمتم انه ليس له ان يقارض غيره فيه ولا يبضع الا باذن
رب المال وعلي هذا التقدير فالعامل كالاجير المعين **قلت** سبب
مفارقته لحكم الاجير المعين هنا هو ان القراض يشبه الجعل ولا
يستحق العامل العوض فيه الا بعد تمام العمل وهو النضوض وايضا
فان بذلك تتبين منفعه العمل فيه وثمرته والاجير المعين اذا مات
قبل تمام العمل امكن ان يعطى ورثته قدر ما عمله الميت من اجره
العمل لان العمل قد ظهرت له فايده فوجب للورثه حسابها من
الاجره والقراض لا يمكن ان يكون حينيذ للورثه فيه حظ
من الربح لشبهيته الجعل ولا يمكن ابطال عملهم لما في ذلك من الاضرار

بهم

بهم فوجب ان يرتكب في ذلك اخف الضررين وهو تمكينهم من العمل علي
الشرطين المذكورين والي هذا المعنى اشار المولف بقوله بخلاف المستاجر
المعين فان قلت هل في كلام المولف ما يدل علي اعتبار الشرطين
المتقدمين فانه لابد من اعتبارهما **قلت** نعم اما الشرط الثاني فقد دل
عليه قوله فللورثه الاتمام اذ معناه اتمام العمل وانما يمكنهم ذلك اذا
كانوا اقويا عليه او اتوا بمن هو كذلك واما الشرط الاول فمن
مقابل هذا الكلام وهو قوله فان لم يكونوا اتوا بامين والا اسلموه هدرا
الربح فهذا الكلام نص فيما ذكرناه من اعتبار الشرط الاول
غير انه مشكل في الفقه من جهه اخرى وذلك ان المذهب المنصوص
في المدونه وغيرها ان الورثه اذا اسلموا مال القراض لتعذر
احد الشرطين منهم سقط حقهم من المال مطلقا وكان ينبغي
علي قاعده الجعل علي حفر البير او حمل الخشبه وغير ذلك ان
رب المال اذا باع السلع اعطاهم من ربحها بقدر ما انتفع
به من العمل الميت الا ترى ان حافر البير اذا حفر نصفها ثم تركها
اختيارا واكترى ربها من اتم حفرها فانه يعطي الاول بحساب
ما عمل ثم هل ينظر الي ذلك يوم عمله او يوم اكترى علي تمامه
في ذلك خلاف معلوم فاذا كان تارك العمل اختيارا لا يسقط
حقه فلان لا يسقط حق الورثه الذين لم يتركوا العمل اختيارا
اولي ولما قوي هذا الاشكال عند بعض الشيوخ خرج منه خلافا
في المسلة فتامله **وقوله** وولي الوارث كذلك • يريد ان
حق المحجور من الورثه في ربح مال القراض كحق الرشيد فينظر
له الوصي بالمصلحه في ذلك فان وجد من يستاجر له علي النظر في مال
القراض باجره تكون اقل من نصيبه في الربح فعل والا اسلم مال
القراض قال ابن القسم في العتبيه في رجلين اخذا قراضا معا فغفر

واحدة فمات احدهما واشترى الاخر بجميع المال كان صاحب المال
بالخيار ان شا كان على قراضه وان شا ضمنه لانه لم يمكن له ان
يشتري الا باذن صاحب المال حين مات شريكه في العمل وان
كان اشترى قبل ان يموت ببعض المال كان ورثة الميت شركا
فيما اشترى قبل موته ويقومون فيه معه وما اشتري بعد موت
صاحبه كان رب المال فيه بالخيار على ما تقدم **وقوله**
ولو مات رب المال وهو عين فالاولى ان لا يحركه فان حركه
فعلى قراضه • يريد فلو كان الميت انما هو رب المال فاما ان يكون
المال حينيذ عينا على ما كان عليه او يكون قد شغله وحكم
القسم الثاني ظاهر وهو التمادي على العمل ولذلك لم يصرح
المولف ببيانه وان مات رب المال قبل شغل المال فقال
المولف الاولى ان لا يحركه يعني حتى يشاورهم فان حركه
ولم يشاورهم كان على قراضه كما لو مات رب المال بعد
العمل هكذا قال المولف وهو مخالف لظاهر المدونه قال
مالك فيها واذا علم العامل بموت رب المال وبيده عين
يريد وهو في البلد لم يظعن فلا يعمل به وان لم يعلم بموته
حتى ابتاع به سلعا مضى ذلك على القراض فانظر قوله فلا يعمل
فظاهره المنع مطلقا لا على سبيل الاولى وهكذا انص عليه
بعض الشيوخ ويقويه شرطه في مضي عمله عدم علمه وكانه
يشير الى تشبيهه بالوكيل على الشرا او البيع بموت الموكل
قبل عمله في التفرقه بين علمه وعدم علمه وعلى هذا المعنى جرى ذلك
الشيخ وقطع بان العامل ان عمل بالمال بعد موت ربه عالما به
بخسر فانه يضمن وكله خلاف لما قاله المولف **وقوله** ومن
هلك وقبله قراض او وديعه ولم يوجد ففي ماله ويحاص غرماه •

والمال

هكذا

هكذا قال في المدونه في غير موضع واختلف المذهب في عمارة ذمه
المودع بذلك ويتخرج هذا الخلاف في القراض بل عدم ضمان العامل
اولى عند بعض الشيوخ لانه ماذون له في التصرف فيحتمل الخساره
وقد تقدم الكلام على هذا المعنى في كتاب الوديعه والذي نقلوه هنا
وهو الذي عمل اليه غير واحد من الشيوخ انه لا ينبغي ان تعمر ذمه
العامل ولا المودع بالشك فان المال يحتمل الضياع بغير سبب
من هو بيده ويحتمل الخسارة فيه اذا كان قراضا الا ان تقوم قراين
تدل على خلاف ذلك فتعطى حكمها **وقوله** ويتعين في الصحة
والمرض • يعني ان العامل اذا اقر ولم يعين ما اقر به من قراض
او وديعة بل قال لفلان عندي قراضا او وديعه فذلك هو الذي
هو الذي يحاصص له الغرما كما هو الحكم في المسلة السابقه واما من
اشار الى مال بيده بعينه فقال هذا قراض فلان او وديعته فانه
مقدم على الغرما في الفلس وهو معنى قول المولف ويتقدم في الصحة
وهو ايضا مقدم عليهم في المرض وقال بن حبيب ان المقر في
الفلس اذا لم يعين الوديعة ولا القراض فلا يحاصص بذلك الغرما
كما لا يصدق في الدين قال وكذلك فسره اصبغ وفيه اختلاف
وهذا احسن ومثله ايضا في العتبيه وكتاب محمد والاصل صحة
اقرار غير المحجور عليه الا ان يظهر موجب التهمه فيرد **وقوله**
والعامل امين فالقول قوله في ضياعه وخسارته واستحلافه
على ايمان التهم • قال بعض الشيوخ لا خلاف في ان العامل امين
قلت وهو كلام صحيح لان شرط الضمان على العامل يوجب فساد
القراض على المذهب ويسقط الشرط ويصح القراض عند غيرنا
وذلك كله دليل على ان العامل امين فان ادعى ضياع المال
بسرقه وشبهها قبل قوله لان ذلك رب المال قد رضي امانته يدفع

المال اليه كان هو امينًا في نفسه او لم يكن واما الخساره فحمها المولف
مع دعوي الضياع في الحكم وقد قال بعضهم ان لم يبين العامل وجهها
فهو ضامن ودليل وجود الخسارة وانتفايها اظهر من دليل الضياع
فلذلك اكثر الشيوخ من التعرض الي القراين في فصل دعوي الخساره
واما استحلاف العامل اذا ادعي الضياع او الخساره فان حقق عليه
رب المال نفي ما قاله ولم تقم امارة تدل علي صدقه ولا بد ان يحلف
العامل وان لم يحقق ذلك عليه جري الامر فيه علي توجه ايمان
التهم هذا قال المولف وقال بعض الشيوخ يحلف المتهم اذا ادعي الضياع
ولا يحلف غير المتهم واما دعوي الخسارة فلا يحلف فيها المتهم ولا
غير المتهم الا ان تشهد بينه من اهل الستر ولم يبلغوا العداله علي
خلاف قوله فيحلف وهذا الوجه الذي استثناه هو احد اسباب
التهمه الا انه راي الاكتفا في دعوي الضياع بكون العامل من اهل
التهم فيحلف ولا يكفي ذلك في دعوي الخسارة حتي يقوم دليل خاص
علي خلاف قوله **وقوله** والقول قوله في رده ان كان بغير
بينة وقيل مطلقا ويحلف اتفاقا • يعني ان العامل اذا ادعي
رد المال الي ربه وانكر ذلك ربه فلا يخلو ان يقبضه ببينة

او بغير بينة والثاني يكون فيه القول قول العامل والاول
فيه قولان احدهما انه لا يقبل قول العامل الا ببينه وهو المشهور
والثاني انه يقبل قوله ولا يكلف البينه هكذا حكاه المولف
وابن شاس نصًا ولا تبعد صحته علي اصول المذهب وانما خرجه
اللخمي في بعض مسايل المذهب ولم يتعرض غيره لنقله وحيث كان
القول قول العامل في الرد فلا بد من حلفه مع ذلك لان رب
المال حقق عليه الدعوي وتنقلب هذه اليمين علي رب المال ان
نكل العامل عنها وقال في المدونه اذا قال العامل رددت اليك

راس مالك والذي بيدي ربح وقال ربه لم تدفع الي شيئا صدق رب
المال ما دام في المال ربح وعلى العامل البينه وراي اللخمي انه لا فرق
بين هذه المسلة ولا بين التي قبلها اذ لا فرق بين دعوي رد الكل ولا
دعوي رد البعض وقال الشيخ ابو الحسن بن القابسي معني ما في
المدونه اذ قال ما في يدي هو الربح بيني وبينك لانه اقر ان حق رب
المال قائم بيده هو حصتي من الربح لكان القول قول العامل اذا قبضه
بغير بينه ولا اثر عند اللخمي لهذه التفرقة واختلف اذا انكر العامل القراض
جمله فاقام ربه عليه بينه بدفعه اليه فقال رددته او ضاع
مني فقال مالك مرة يقبل قوله فيهما وقال مرة لا يقبل فيهما وقال
ابن القسم يقبل قوله في الضياع ولا يقبل في الرد فان اقام بينة
علي ضياعه او رده بعد انكاره فالمشهور انه تنفعه البينه وقال
محمد انه لا ينتفع بها هذا حكم ما اذا انكر ما لا يتعلق بالذمة من
قراض او وديعه واما ان انكر ما يتعلق بالذمه وشبه ذلك
من ربع او ما يقضي الي حد ثم رجع عن انكاره لامر دعاه او اقام عليه
بينة فاختلف فيه علي اربعة اقوال احدها انه لا ينفعه ذلك في كل
شيء وهو قول ابن نافع والثاني مقابله قاله غير ابن القسم في الحدود
التي تدرا بالشبهات فاحري في غيرها والثالث قول ابن القسم
وابن كنانه لا ينتفع بذلك الا في الربع والحدود والرابع لابن المواز
لا ينتفع بذلك الا في الحدود **وقوله** والقول قوله في جزء الربح
ان اتي بما يشبه والمال بيده او وديعه ولو عند ربه • يعني
اذا اختلف رب المال والعامل في تعيين ما عقدا عليه القراض
من اجزاء الربح فقال رب المال مثلا علي النصف وقال العامل
علي ان الثلثين لي والثلث لك فالقول قول العامل بشرطين احدهما
ان ياتي بما يشبه وظاهره سوا ادعي رب المال ما يشبه او لا
والثاني ان يكون المال بيد العامل او بيد من هو كالنايب عنه

بعد ان قال رددت اليك المال وحصتك من الربح وما في يدي

او عنهما وهو المودع ثم ذلك المودع لا يضر العامل في دعواه ان يكون
هو رب المال او غيره وذلك ان العامل ان ادعي ما يشبه علي الشرط
الذي ذكره المولف او غيره وذلك ان العامل ان ادعي فقوله راجح
علي قول رب المال اما ان يدع رب المال ما يشبه فظاهره
لرجحان دعوي العامل بشهادة الاشبه له وبالحيازة وان
ادعيا معا الاشبه ترجحت دعوي العامل بالحيازة وحدها فان
قلت فاذا عدم الشرط الاول وهو ان لا يدعي العامل الاشبه
ويدعيه رب المال او لا يدعيه واحد منهما فما الحكم قلت
القول في الاول قول رب المال لرجحانه علي قول العامل والحكم
في الثانيه عندهم ان يتحالفا ويرد الي قراض المثل وهذا كله
اذا كان اختلافهما بعد العمل واما ان كان قبل العمل فالقول
قول رب المال لان عقد القراض منحل ولاحقا ان الواو من
قول المولف والمال بيده واو الحال وبهاتم الشرطان المقدمان
ولو من قوله ولو عند ربه هي التي بمعني ان ومعناها في هذا الموضع
في غاية التمكين اي لا يضر العامل خروج المال من يده علي وجه
الوديعة ولو عند ربه ورجع الي بدء **وقوله** ولو قال العامل
قراض وقال رب المال بضاعه او باجر او بالعكس فالقول
قول العامل هكذا يقع في بعض النسخ ووقع في اكثر ما رايته
من النسخ بحذف او فيما بين بضاعه واجر ووقع ايضا ولو قال
العامل قراض وقال رب المال بضاعه فالقول قوله وبالعكس
فالقول قول العامل وهذا الاخير اقرب الي ما في المدونه
علي انه في المدونه انما تكلم علي القسم الاول من المسئله وذلك
انه قال فيها وان قال العامل قراض وقال ربه بل ابضعتكه
لتعمل به فالقول قول رب المال مع يمينه وعليه للعامل اجر
مثله قال سحنون الا ان يكون ما ادعي العامل من الربح اقل من

كان

ج

اجر مثله فليأخذ الاقل وان نكل رب المال صدق العامل مع يمينه
اذا كان يستعمل مثله في القراض ولا شك في بعد ما نقلناه
اولا وثانيا من كلام المولف ومنافاته لهذا الكلام الذي اتينا به
ثالثا ولا شك ايضا في قربه من المدونه فعليه يعتمد وان كان قد
ياتي من كلام بعضهم ما يوافق كلام المولف ثانيا غير ان الاكثرين
حملوا المدونه ان مراد رب المال بقوله بضاعه اي بغير اجر
وكل واحد منهما مدع علي صاحبه فرب المال يدعي علي العامل
انه عمل له باطلا والعامل يدعي انه عمل له علي نصف الربح مثلا قالوا
فيحلف كل واحد منهما فان حلفا او نكلا كان له اجر مثله الا ان
يكون ذلك اكثر من نصف الربح وان حلف احدهما ونكل الاخر
كان القول قول الحالف منهما وهذا الكلام صحيح في الفقه او
قريب من الصحة الا انه بعيد من لفظ المدونه جدا وسلموا بعده
عن لفظ المدونه واشار بعضهم الي تاويل المدونه علي ان العامل
لا يستعمل مثله فيه وكانت الاجرة اقل من الربح الذي ادعاه
فقال ابن القسم القول قول صاحب المال مع يمينه وقال محمد يحلفان
جميعا ويعطي العامل اجره مثله واما ان قال رب المال
هو بضاعه باجر فان كانت الاجارة مساويه للربح الذي
ادعاه العامل فلا معني لنزاعهما وان كانت الاجاره اقل وهي
التي ادعاها رب المال فقال غير واحد القول قول العامل
وهذا موافق لما ذكره المولف في كلامه ثانيا قالوا وذلك
انه يصير الامر الي اختلاف رب المال والعامل في مقدار
جزء الربح والحكم في هذا الوجه ترجيح قول العامل اذا اشبه
ما قاله سواء اشبه قول رب المال او لم يشبه هذا حكم
صدر المسئله واما حكم عجزها وهو مراد المولف بقوله وبالعكس
فيعني اذا قال العامل بضاعه باجر وقال رب المال قراض فغلا

فقال بن حبيب ان القول قول العامل مع يمينه لانه يقول عملت على
الاجارة في الذمه والاخر يقول عملت على الجعاله وقد ظهر مما ذكرناه
ان الضمير المضاف اليه من قول المولف فالقول قوله راجع الى
رب المال لمقابلته اياه في العكس بان القول قول العامل وظهر
ايضا ان مراد المولف رب المال في صدر المسله بدعوى البضاعه
انها باجر لا بغير اجر لانه لا يمكن تصوير العكس متنازعا فيه الا كذلك
وهو ما اذا قال العامل بضاعه وقال رب المال باجر ولا يصح
ان يقول العامل في هذا الوجه بضاعه بغير اجر وذلك جلي من كلام
بعيد من الفقه لان تنازعهما حينيذ يصير في الكثرة والقله والقول
في ذلك قول العامل كما لو قال رب المال دفعته اليك على ان
الثلث لك والثلثين لي وبالعكس واشبه ما قالا وقد تقدم ذلك
وبقي في المسلة الكلام على قول سحنون وما فيه من الاشكال والجواب
عنه ولبس ذلك مما يتعلق بكلام المولف ومن اراده فلينظر كلام
بن رشد في المقدمات **وقوله** فان قال رب المال وديعه
ضمنه العامل بعد العمل لا قبله • يعني اذا تنازع دافع المال وقابضه
فقال دافعه دفعته لك على انه وديعه وقال قابضه
قراض ولا يتاتى نزاعهما على هذا الوجه الا اذا ضاع المال فان
كان قد ضاع قبل تحريك المال له فليست بمسلته لاتفاقهما
على انه غير مضمون من العامل لوجوب اشتراك القراض
والوديعه في سقوط الضمان وان كان تنازعهما بعد ان عمل
به القابض وضياعه فالقول قول دافعه لان قابضه مدع عليه
انه اذن له في تحريك المال والاصل عدم ذلك ولا يبعد تخرج
خلاف في ذلك فقد اختلف اذا كان المال غايبا وتنازعا على
هذا الوجه فقال بن القسم ورواه ايضا عن ملك ان القول
قول الدافع وقال اشهب ورواه بن عبد الحكم عن ربيعه وملك

ان القول

الحادي عشر

ان القول قول الدافع وقال اشهب فوع اليه المال اذ لا يوخذ
باكثر مما اقر به واشار بعض الشيوخ الى وجود نص خلاف في ضمانه
اذا ضاع قبل التحريك وهو بعيد في الفقه والله اعلم قال بن المواز عن
بن القسم اذا كان المال في سلعة فبيعت السلعة بفضل فقال العامل
اتق الله ان علمت انه قراض فادفع اليه ربحه والا حلم عليه بن الل
ولو دفع ذلك لم اقض على رب المال باخذه قال بن القسم وان
قال العامل وديعه والمال في سلعة وقال ربه قراض صدق
العامل لان ربه ههنا مدع في الربح ويقال لرب المال اتق
الله ان جاء في السلعة نقصان فلا تضمنه ان علمت انه قراض
فان ابى فالحق حقه لانه حكم تقدم ما اقر به العامل فان رجع
العامل الى قول رب المال بعد البيع لم يقبل منه **وقوله**
فان قال العامل قراض او وديعه وقال رب المال قرض
فالقول قول رب المال خلافا لاشهب • يعني ان دافع المال
وقابضه اذا اختلفا فقال رب المال هو قرض وقال العامل
هو وديعه او قراض فاختلف فيه على قولين احدهما ان القول
قول الدافع انه قرض لاقرار القابض له بوضع اليد الذي هو
سبب في الضمان وادعايه رفع مقتضى ذلك السبب والقول الثاني
قبول قول القابض في سقوط الضمان لان وضع اليد على مال
الغير تارة مع الضمان واخرى بدونه فهو اعم من الضمان فلا يستلزمه
ولا يوخذ المقر باكثر مما اقر به وتبعيض الدعوى مختلف فيه في
المذهب وفي غيره والقولان لمالك وظاهر كلام المولف ان اشهب
يقول القول قول العامل مطلقا والذي حكاه غير واحد ان
اشهب يفصل بين ضياع المال قبل تحريكه فيكون القول
قول القابض وان ضاع بعد تحريكه فالقول قول صاحبه ولو
قال العامل قرض وقال ربه قراض فالقول قول العامل لان رب

جع

بلغ مقابلة
ام محمد

بلونه

المال قد ادعي عليه بعض الربح قاله في المدونه فان كان في المال
ربح فقيل يوقف لرب المال عسى ان يرجع الي قول العامل فان
لم يرجع وطال ذلك تصدق به وفي هذا الاصل تنازع وهذا هو
المنصوص هنا قال ابن القسم اذا قال رب المال وديعه ومات
وقال العامل قراض فطلب ورثته الربح قال ياخذون ان
شاوا اذا احب المقران بدفعه ولا يقضى عليه بدفعه اليهم
لان الميت الذي استحقوا اهله بسببه قد مات على انه لاحق له في
الربح فصار كمن وهب شيا في صحته واخرجه عن يده **وقوله**
فلو قال بل غصبته لم يصدق وقيل الا ان يشبه • يعني فلو ادعى
رب المال ان القابض غصبه المال وقال القابض بل هو وديعه
او قراض لكان ذلك مخالفا لدعوى رب المال الغرض فلا يصدق
في ذلك لان الغصب يستلزم زيادة على الغرامه وهي الادب والحبس
وغير ذلك بل يعاقب مدعي ذلك اذا كان المدعى عليه من
اهل الخير والصلاح والقول الثاني بعيد لاعتماده على مجرد الاشبه
في ذلك ولا يحتج له بقول مالك في التي تاتي متعلقه تدمى وتدعي
على رجل انه اغتصبها فان تعلقها به في تلك الحال امر زايد على
مجرد دعواها من اجل ذلك قبل قولها في الزامه الصداق وذلك
مفقود في هذه الصورة **وقوله** فان اختلفا في الصحة والفساد
فكالبيع • يعني انه اذا ادعى احدهما رب المال او العامل الصحة
وادعى الاخر الفساد لكان القول قول مدعي الصحة كما في ساير
العقود وانما عدل المولف عن ان يقول فالقول قول مدعيها
الي قوله فكالبيع لان ما عدل اليه اتم فايده وهو الاستظهار
على القول الثاني الذي قدمه في اختلاف المتبايعين في الصحة
والفساد فالمشهور هناك ان القول قول مدعي الصحة والفساد
مطلقا وقيل ما لم يغلب الفساد فيكون القول قول مدعيه فلولم

بشبه

يشبه المولف هنا بالبيع لفاته ذلك القول غير ان تشبيه القراض
بالبيع في هذا الموضع يوهم بان القول الثاني منصوص هنا كما هو في البيع
وليس كذلك فان المنصوص هنا قبول قول مدعي الصحة ولكن
التخريج قوي وقال في المدونه عن مالك اذا ادعى احدهما ما لا يجوز
مثل ان يدعي ان له من الربح ماية درهم ونصف ما بقي او ثلثه وادعى
الاخر ان له الثلث او النصف من الجميع صدق مدعي الحلال
منهما اذا اتى بما يشبه فانظر كيف شرط في قبول قول مدعي الصحة
منهما اتيانه بما يشبه ومفهوم هذا الشرط موافق للقول المخرج
هنا في البيع والله اعلم **وقوله المساقات**
قال الجوهري والمساقاة ان يستعمل رجل رجلا في نخيل او كروم
ليقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم مما تغله وقال
القاضي عياض هذه اللفظه مشتقه من سقي الثمرة اذ هو معظم عملها
واصل منفعتها ولم يتعرض المولف لرسمها وكانه لما رسم القراض
فيما تقدم بقوله اجارة على التجر في مال بجزء من ربحه راى
ذلك دالا على رسم المساقاة فانها اجارة على عمل الحايط بجزء
من غلته ويقرب من هذا رسمها لبعضهم فلهذا والله اعلم اضرب
المولف عن رسمها وعن رسم المزارعه بعدها وعن الاجارة
ايضا لانها ماخوذة من رسم القراض فهي معلومه ضرورة عند
الفقها فلو كانت محتاجة للتعريف لما عرف القراض بها قبل
تعريفها واختلف في جواز المساقاة فاجازها مالك والشافعي
والاكثرون ومنعها ابو حنيفه وخالفه في ذلك صاحباه وفي
الصحيح من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع او ثمر وعنه ايضا
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الي يهود خيبر نخل خيبر وا رضها
على ان يعتملوها من اموالهم وان رسول الله صلى الله عليه وسلم شطر

من الحطاب

ثمرها وعنه ايضا ان عمر رضي الله عنه اجلى اليهود والنصارى من
ارض الحجاز وان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر
اراد اخراج اليهود منها وكانت اليهود حين ظهر عليها لله ولرسوله
وللمسلمين فاراد اخراج اليهود منها فسالت اليهود رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان يقرهم بها على ان يكفوا عملها ولهم نصف الثمر
فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم نقركم على ذلك ما شئنا فقروا
حتى اجلاهم عمر الى تيماء واريحا وعنه ايضا قال اعطى رسول
الله صلى الله عليه وسلم خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر او زرع وكان
يعطي ازواجه كل سنة مائة وسق ثمانين وسقا من تمر وعشرين وسقا
من شعير فلما ولي عمر قسم خيبر خير ازواج النبي صلى الله عليه وسلم
ان يقطع لهن الارض والما او يضمن الاوساق فاختلفن فمنهن
من اختار الارض والما ومنهن من اختار الاوساق فكانت عائشة
وحفصة ممن اختار الاوساق فتمسك من اجاز بهذه الاحاديث
وظاهرها معهم وقال الاخرون ان اليهود كانوا رقيقا للمسلمين
لانهم ظهروا عليهم وكانت الارض عنوة فاقرها رسول الله صلى الله
عليه وسلم بيد العبيد واخذ من الثمر النصف وابقى لهم النصف
يستعينون به ويقوي ذلك انه كان يبعث لهم ابن رواحة يخرص
عليهم ولو كانت مساقاة حقيقة لكانوا شركا ولا يجوز مثل هذه
القسمة بين الشركا باتفاق واجاب الاخرون عن الاول بانا لا نسلم
ان اليهود كانوا ارقا ولئن سلمنا ذلك فظاهر حالهم انهم منّ
عليهم بان عتقوا واجروا مجرى الاحرار واما التخريص فلعله
ليعلم مقدار الزكاة فان اليهود لا يؤتمنون على ذلك وفي هذا الجواب
الاخير نظر ونحتج من منع المساقاة ايضا بان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لليهود نقركم ما شئنا ولو كانت مساقاة على ما
يذكره الخصم لكان الاجل فيها معلوما لاشتراط من اجاز المساقاة

كون الاجل فيها معلوما وقد اكثروا من الاسوله والاجوبة على هذه الاحاديث
واستيفا ذلك في علم الخلاف قوله المعقود عليه اربعة النخل
والشجر والزرع والمقاثي الظاهر في الارض انما افرد المولف النخل
عن الشجر وعطف الشجر عليها والله اعلم لان النخل محل النص والا
فالمذهب جواز مساقاة ذوات الاصول كلها والتفصيل في المذهب
انما هو في غير ذوات الاصول فان قلت لم قال المقاثي الظاهر
وهل تكون المقاثي غير ظاهر قلت قد نبه بهذا الوصف على سببية
الجواز وان الظهور فيها موجب الاباحة بخلاف المغيب في الارض
فان في اجازة مساقاته اختلافا يأتي بعد هذا فان قلت فلم
خص المقاثي بهذا الوصف وليست خاصة به فان الزرع ايضا
لا تجوز مساقاته حتى يبرز عن الارض ويظهر لا قبل ذلك كما هو
المذهب قلت مراده بهذا الوصف تمييز نوع ما تجوز فيه المساقاة
لا تمييز شخصه فهو يقول ان ما شانه الظهور على وجه الارض
كالمقاثي تجوز مساقاته بخلاف ما شانه الا يظهر كاللفت والجزر
على مذهب المدونة فيما خرج منها ونص عليه محمد واما الظهور
الشخصي من الارض والاستقلال منها فقدر مشترك بين
الزرع والمقاثي وما اشبههما فان قلت ما مراد المولف في
الارض بعد قوله الظاهر قلت مراده بذلك ما شانه البروز
عن الارض وقد برز عنها كما قلناه ولو لم يذكر هذا القيد لتوهم
السامع انه يريد المقاثي الماكولة لا نباتها فكان لعتقد في الفقوس
وشبهه انه لا تجوز مساقاته الا بعد عقد زهره وذلك غير مشترط
اتفاقا بل هو مانع من اجازة المساقاة والله اعلم وقال الشافعي
لا تجوز المساقاة الا في النخل والعنب وقال داود لا تجوز الا في
النخل وحده فاما داود فعلى اصله من منع القياس وقصر الاحكام
على محال ورودها واما الشافعي فقيل عنه انه احتج لذلك

بان ثمر النخل والعنب باين من شجره بخبط النظر به وَاُلْزم على هذا جواز
مساقاة الكمثرى والتين والاترج وما اشبهها **واجيب** عنه بانه لم
يقصد بما ذكره الاحتجاج وانما اراد تانيس المتعلم بذكر شي من
المعاني تقريبًا للافهام وانما تحقيقه ان المساقاة على
خلاف مقتضى الاصول لانها مستلزمه للمعاوضه على بيع الثمار
قبل بدو صلاحها وقد وردت في النخل وورد التخريص
فيها بسبب المساقاة توجب الحاق العنب بالنخل لاشتراكهما
في التخريص الا ترى انه ورد في العنب كما ورد في النخل **واجيب**
عن هذا الجواب بان ربط الحكم بالتخريص لا يظهر له حظ من
المناسبة سوى ان المخرص من الثمار لابد ان يكون ظاهرًا
وهذا راجع لما صرح به الشافعي من احتجاجه بالظهور وقد
تقدم ما فيه **وقوله** وهي لازمه موقته تستحق الثمار فيها
بالظهور اتفاقًا بخلاف القراض لاخفا ان الضمير المرفوع من
قوله وهي لازمه راجع الى المساقاة وكان ذكر هذه المسلة
في غير هذا الفصل او قبله انسب من ذكرها في هذا الموضع لان
هذه المسلة من صفه العقد لا من صفه المعقود عليه فاما
كون عقد المساقاة لازمًا غير منحل فهو المعروف في المذهب
وذكرا شهب من ذكر فيها قولًا اخر بانها منحله كالقراض
لكنه لم يبين ان ذلك القول لاصحاب مالك اولغيرهم وقال
سحنون اولها لازم كالاجارة واخرها اذا عجز كالجعل لان
الجعل اذا ترك قبل تمامه لم يكن له فيما عمل شي قال الباجي
ولبعض القرويين انه لو مات قبل الحوز لبطلت المساقاة
وليست كالعقود اللازمه وان لم تقبض قال ولعله تعلق بما
روي في عين السقي لغور انكان قبل العمل فلا شي على رب
الحائط وان كان بعد العمل لزمه ان ينفق بقدر ما يقع له

من الثمر

من الثمر وان لم يكن عنده شي فللعامل ان ينفق مثله ويكون نصيبه
من الثمرة رهنا بيده **قلت** والقول بعدم اللزوم ظاهر لان الاصل
متى كان العوضان مجهولين او احدهما كان العقد منحلا اما من
الطرفين او من احدهما لان الالزام مع الجهاله ضرر ولذلك لا
تجدهم يحكمون بانحلال العقد من الطرفين او من احدهما
الا اذا احتوى العقد على الجهاله كالجعل والقراض والمزارعه
في بعض الاقاويل واما كون المساقاة موقته كالنتيجه عن كونها
لازمه اذ لا يناسب انحلالها اشتراط الاجل فيها قالوا ولما
الحقت بالاجارة في كونها لازمه كان الاجل من شرطها
الا ان بعض الشيوخ حكى فيها قولا اخر انها اذا وقعت مطلقه
حملت على سنة واحدة ولا تكون فاسدة ولا يبعد هذا القول
عن اصول المذهب الا ان الجاري على الاصل المشهور فساد العقد
حتى يبينا ما دخلا عليه واما كون الثمرة تستحق فيها بالظهور
فهو كما قاله المولف متفق عليه والفرق بينه وبين احد القولين
في القراض انه لا يستحق الربح فيه بظهوره فلان الربح تجبر به الخسارة
بعده ويجبر به الضياع من راس المال وهذا المعنى مفقود من
المساقاة فلذلك اتفق فيها على ما ذكره المولف فان قلت
قول المولف بخلاف القراض هل هو عايد الى مجموع ما ذكره
من لزوم العقد والتوقيت واستحقاق الثمرة بالظهور او
هو عايد الى القسم الاخير وحده **قلت** الاقرب انه يرجع الى
الكلام والتحقيق انه بازاء قوله اتفاقًا وقد بينا ان من الشيوخ
من حكى الخلاف في بعض هذه المسايل والمولف لم ينقل ذلك الخلاف
فان اعتقد نفيه عاد قيد الاتفاق والمخالفه الى جميع ما ذكره
فان القراض غير لازم ولا موقت ومختلف في الوجه الذي به
يستحق الربح فيه وان اعيد الى اخر كلامه كان ايضا صحيحًا **وقوله**

وشرطه ان يكون مما لا يخلف فلا تجوز في الموز والقصب والبقل
يحتمل ان يريد بلفظة شرط هنا الجنس فيعد كونه مما لا يخلف
شرطا مستقلا وكذلك ما عطف عليه من قوله وان يكون في
الموضعين ويحتمل ان يكون مجموع المعطوف والمعطوف عليه
شرطا واحدا وهو اجرا له على عادته في ذلك والاول من الاحتمالين
اقرب هنا لان الجزء الاخير وهو العجز لا يطلب في شرط وجود
الاصول وشبهها والمركب لا يوجد بدون جزء من اجزايه فيتعين
ان يكون شرط المقاثي والزرع مغايرا الشرط ذوات الاصول
والضمير المضاف اليه من قوله وشرطه راجع الي المعقود عليه
وانما منعوا من المساقاة ما يخلف لبعد شبهه عن محل النص
وهو النخل وايضا فالغالب على هذا النوع انه اذا استقل
عن الارض بدا صلاحه فيعود هذا الشرط الي الشرط الذي بعده
قال في المدونه واصل قولهم في المساقاة ان كل ما يخرج اصله
ثم يخلف لا تجوز مساقاته وكل ما تجز ثمرته ولا يخلف واصله
ثابت او غير ثابت فمساقاته جايزة ولما كان الشرط الذي ذكره
المولف مفقودا من الثلاثه التي ذكرها هنا وهي الموز والقصب
والبقل امتنعت مساقاتها لتخلف شرط الجواز ولذلك دخل
الفا في قوله فلا تجوز لاعطايها السببيه قال في المدونه لا تجوز
المساقاة في الموز قال ابن القسم وان عجز عنه صاحبه قال
مالك في الموازيه وكل ما يجز ويخلف كالموز والقصب والقرط
لا تجوز مساقاته وذكره ايضا عن ابن القسم واشهب قال وقد
كان ابن القسم اجازه في مجالس ابي زيد وليس بشي وقال عبد الملك
لا بأس فاشي من البقول وان عجز عنه ربه قال محمد وكذلك اللفت
والبصل والاصول المغيبه مما لا يجز فهو كالبقل قال ابن
عبد الحكم هذا احب الينا وقد اختلف فيه وقال في كتاب ابن

الموار

ابن المواز ايضا عن ابن القسم انه اجاز مساقاة البقل مثل الفجل والجزر
واللفت والبصل وشبهه اذا اطهر من الارض وعجز عنه ربه ما لم
ينته الى حد يجوز بيعه وقال ابن نافع تجوز المساقاة في البطيخ والاصول
المغيبه كلها عجز عنها اولم يعجز واجاز مالك مساقاة قصب السكر
وعجز عنه ربه ومنع منه ابن القسم **وقوله** وان يكون مما لا يحل بيعه
ما نحل فاجارة يعني يشترط ان يكون المعقود عليه لم يبلغ الى حد
يجوز فيه بيع ثمرته فان بلغ الى هذا الحد لم تجز مساقاته اذ لا ضرورة
اليها لجواز بيعه وقال سحنون تجوز مساقاته لانها تبع بعضه
او غير ذلك من اجزايه بخدمه الحايط وهي معلومة واما قول
المولف فان حل فاجارة انه حمل كلام سحنون على الموافقه لابن
القسم في المعنى وانهما اختلفا في اللفظ ولا طايل تحت الخلاف في
ذلك وان هذه الصورة اذا وقعت مضت على مذهبهما معا
اجارة ولهذا لم يصرح بخلاف سحنون والاما الذي كان يمنعه
من نقل خلافه ولا يظن به انه لم يطلع على خلاف سحنون مع نقل
ابن سحنون اياه فان **قلت** فما المانع من ان يكون مراد المولف
بان الثمرة اذا بلغت الي حد يجوز بيعها فيه لم تجز مساقاتها
ومن اراد المعاوضة فيها على سبيل المساقاة فليواجرها على الخدمه
اجارة فعلى هذا تكون اجارة من قوله فاجارة منصوبة على
المصدر الواقع موقع فعل الامر وعلى الوجه الذي فوق هذا يكون
مرفوعا **قلت** ان اراد المولف هذا كان كلامه مقصورا على
حكم المسلة ابتدا دون الانتها وهو المنع من المساقاه ولا يكون
في كلامه بيان لحكم المسلة بعد الوقوع فضلا عن التعرض لقول
سحنون وقد يترجح هذا الوجه على الوجه الذي قبله بانه في هذا
الوجه صرح بالمنع من المساقاة فيها فهو موافق لقوله باثر هذا ولكن
لو جمعه مع سنة اخرى لم يجز وايضا فان الشرطيه المتقدمه التي

بني عليها كلامه لا ينتم الا اذا كان مراده المنع من المساقاة عند عدم
هذا الشرط وبالجملة ففي كلامه اخلال بقول سحنون وقول سحنون
مشهور ذكره عنه ابن عبدوس والعتبي والملك في كتاب ابن المواز
ما يشبهه فان وقعت هذه المسلة فقال ملك يفسخ العقد ما لم
تفت ولا تكون اجارة لان المساقاة تتضمن ان على العامل النفقة
على رقيق الحايط وجميع المون وان لم يكن ذلك معلوما ولا يجوز
ذلك في الاجارة وتفترق ايضا المساقاة من الاجارة بان الجايحة
اذا طرات في المساقاة خير العامل بين التمادي والترك وفي
الاجارة له القيام بالجايحة ويرجع باجارة مثله فيما عمل فان
فاتت المسلة بالعمل فللعامل اجر مثله على مذهب القاسم وقد خرج
بعض اكابر الشيوخ من هذه المسلة ان ابن القسم يري ان الاجارة
لا تنعقد بلفظ المساقاة بتمر من نخل اخر قد ازها ولم يلتفت
الي لفظ المساقاة **وقوله** ولذلك لو جمعه مع سنة اخري لم
يجز • يعني ولاجل ان المساقاة في الثمر الذي بدا صلاحه لا تجوز في
سنه واحدة لا تجوز ايضا اذا انضم الي تلك السنه سنه اخري
وان كانت الثمره لم توجد بالنسبه الي السنه الثانيه وكانه يقول
ان المساقاة في السنة الاتيه جايزة على انفرادها وانما منع من ضمها
الي السنة الاولي في العقد فاجري ذلك مجري الصفقة الواحدة
اذا جمعت حلالا وحراما فانه يبطل الجميع وهذا الذي قاله المولف
صحيح من هذا الوجه لانه قد علم من مذهب الامام منع مساقاة
ما بدا صلاحه من الثمار في سنته وحدها ومنها مع ما بعدها
ولو لم يعلم ذلك لامكن ان يقال لعل مذهبه جواز مساقاة كل واحدة
من السنتين على انفرادها ومنع مساقاة مجموع السنتين في عقد واحد
الا تري انه يجوز عقد مساقاة حايطين كل واحد منهما على انفراده
احدهما على النصف واخر على الثلث ويمتنع جمعهما في صفقة واحدة

فان

فان قلت هل يجيز سحنون هذه الصورة **قلت** الجاري على الاصل
منعها وذلك ان اجازة سحنون للمسلة الاولي انما هو على سبيل الاجارة
لا على سبيل المساقاة والعمل في السنة الثانيه انما يكون على سبيل المساقاة
فانضمام احدي السنتين الي الاخري في عقد واحد يكون من باب
اجتماع الاجارة والمساقاة وذلك لا يجوز والمنع فيه اظهر من ان
يسال عنه على اصولهم فان وقع الامر على الوجه الممنوع من ذلك
فقال مالك في المدونه فيمن ساقا حايطا ازهت ثمرته لهذه
السنة ولسنتين بعدها يفسخ قبل الجد وبعد ما جد ويعطي ما
انفق عليها واجر عمله فيها وان عمل فيه بعد ما جد لم يفسخ بقيه
السنتين وله فيهما مساقاة مثله لان النخل قد ينقص حملها في عام
ويزيد في اخر فان لم يستوعب السنتين طلع احدهما قاله
الباجي واصل هذا ان المساقاة الفاسدة التي يرجع فيها الي مساقاة
المثل تفسخ ما لم يعمل العامل فاذا عمل لم تفسخ وما يرد الي اجرة
المثل فسخ عمل او لم يعمل قال ذلك ابن حبيب وحكم بالفوات
في ابتدا العمل في وقت تصح فيه المساقاة وقال في كتاب
ابن المواز ان ادرك قبل مجي ثمرة قابل فسخ واخذ اجارة مثله
ونفقته وان لم يفسخ حتى تات ثمرة قابل لم يفسخ الي بقية السنتين
محل الفوات ظهور ثمرة عام من اعوام المساقاة **وقوله** ويغتفر
طيب نوع يسير منه • هذا الفرع ذكره في كتاب محمد في الحايط
يكون فيه انواع مختلفة حل بيع بعضها فجمع ذلك في المساقاة
قال ان كان الذي ازهي في الحايط الاقل جازت المساقاة
وان كثر لم تجز فيه ولا في غيره هكذا حكى الباجي عن كتاب
محمد وحكى عنه اللخمي المنع ولعل معناه ان يكون نخل كل
واحد من النوعين ما طاب وما لم يطب كثيرا وحيث اجزنا
في هذه الصورة وفي اصل المسلة على ما تقدم من كلام سحنون

فذلك بشرط ان لا يكون في الحايط رقيق شرطت نفقتهم على العامل فان
كان فيه رقيق كذلك منع من المساقاة في نصيبه مما طاب من الثمرة ودفع
الطعام في نفقة الرقيق **وقوله** وان يكون الزرع والمقاثي مما
عجز عنه ربه على الاشهر بخلاف الشجر • لما قدم ان الذي تجوز
مساقاته اربعة انواع النخل والشجر والزرع والمقاثي وقدم الشروط
التي تعم الانواع على الوجه الذي اشرنا اليه هل هو شرط واحد ذو اجزا
او شروط بين هنا ما يختص به بعض تلك الانواع على الاشهر من القولين
وهو العجز عن العمل في حق رب الزرع والمقاثي دون رب النخل والشجر
على انه استغنى بذكر الشجر عن ذكر النخل خلاف ما فعله قبل هذا
والاصح عندي المشهور مقابل الاشهر وهو مذهب بن نافع وهو سقوط
هذا الشرط لان لفظ حديث بن عمر لا يقتضيه فمساقاة الزرع والمقاثي
ان اعتمد في اثباتها على الحديث فالحديث لا يدل على اعتبار هذا
الشرط وان اعتمد فيها على القياس على النخل فمن شرط صحة القياس
ان يكون حكم الفرع مثل حكم الاصل وحكم الاصل غير متوقف
على هذا الشرط فوجب ان لا يتوقف عليه حكم الفرع والله اعلم
وقال بن عبدوس القياس انه لا تجوز مساقاة الزرع قال بن
رشد وقال ابو عمر بن القطان المساقاة جايزة على ما في الورد
والياسمين والقطن عجز عنه صاحبه او لم يعجز بخلاف المقاثي والزرع
قال بن رشد وهو بعيد من التاويل اذ لا يعضده دليل واذ لا
فرق في حقيقة القياس بين القطن والزرع والمقاثي وقصب
السكر في جواز المساقاة فيها من غير عجز لان اصولها غير ثابتة
بخلاف الياسمين والورد التي اصولها ثابتة فلا ينبغي ان يختلف
في ان المساقاة في الياسمين والورد جايزة على مذهب مالك
وان لم يعجز صاحبها عن عملها قال ولو قال قايل ان المساقاة
في المقاثي والقطن وما في معناهما جايز وان لم يعجز صاحبها
بخلاف الزرع وقصب السكر وما كان في معناها الا كان له وجه

المدونة في

لكن

لان هذه ثمار تجنى من اصولها فاشبهت ثمار الاصول الثابتة والزرع
وقصب السكر وما اشبههما لا تجنى من اصولها الا بقطع الاصول
ففارقت ثمر الاصول الا ان هذا لم يقولوه ولم يوجد لهم قال
الباجي ومعنى العجز عن الزرع ان يعجز عن عمله الذي يتم به او يتما او
يبقى وان كان له مال فقد يكون عاجزا وليس من شرط المساقاة
عند مالك والجمهور كون المعقود عليه غير بعل بل تجوز عندهم مساقاة
البعل ومنع من ذلك الليث لان في شجر البعل حراسة وجدادا
وهذا معنى ما في المدونة وكذلك الزرع البعل ايضا قاله بعضهم **وقوله**
ولا ساقا البياض الا تبعا ثلثا مما دونه بقيمة الجميع • يعني ان البياض
وما في معناه مما لا تجوز مساقاته لا تجوز ان يساقي ذلك كله على انفراده
وتجوز ضمه في المساقاة الى غيره بشرط تبعيته لغيره ولا يلغى مطلق
التبعية على هذا الوجه منسوبة الى جميع الثمرة هذا هو المشهور
وقال بن عبدوس انما يراعى ان تكون البياض تبعا للثمرة
كلها اذا كان بينهما فاما اذا الغى فانما يراعى فيه ان يكون تبعا
لحصة العامل خاصة ومعرفة التبعية على ما قاله في المدونة
هو ان يقوم كرا البياض فان قيل حسبة نظر الى الثمرة وقدرها
عادة وطرح منها قدر النفقة فان كان الباقي اذ ذاك عشرة
فاكثر جاز لتحقق التبعية وان كان اقل من عشرة لم يجز لان كرا
البياض حينئذ اكثر من الثلث وانكر بعض الشيوخ طرح
قدر النفقة من قيمة الثمرة قال لان بالنفقة والخدمة يستحق
العامل جزء الثمرة فكيف يطرح من قيمة الثمرة **وقوله** فان سكتا
فقال مالك يلغى للعامل وقال بن حبيب ان كان ثلث نصيبه
مما دونه وروي انه لربه • يريد انهما اذا سكتا عن التعرض في
عقد المساقاة لذكر البياض التابع للثمرة فاختلف قول مالك
لمن يكون هل للعامل او لرب الحايط فحكى عنه محمد ولم يحققه انه

للعامل وحكي عنه بن سحنون انه لرب الحايط قال بن المواز صحيحًا لما نقله
وهي سنه من رسول الله صلي الله عليه وسلم **قلت** لعله لا يريد ان الحكم
عند الاطلاق الغاوه للعامل بالسنه ولعله يريد ان الواقع في قضيه
خيبر الغا البياض لليهود بشرط او غير شرط فلما كانت تلك القضيه
هي اصل هذا الكتاب وجب الرجوع اليها عند الاطلاق هذا احسن
ما يحمل عليه كلامه ومع ذلك فليس بصحيح لما قدمناه مما وقع في
الصحيح ان رسول الله صلي الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بشطر
ما يخرج منها من زرع او ثمر واختار اللخمي الروايه الاجري قال
لان مفهوم المساقاه ان يسقي ما يحتاج الي السقي وهو النخل بجزء من
الثمرة والبياض خارج عن هذا ولو كان داخلا في المساقاه بمجرد
العقد لوجب ان يكون لصاحب الحايط جزء منه مثل ماله
في السواد لان العقد يقتضي ان يكون ما فيه من الغله بينهما لا
يستبد به احدهما دون صاحبه فاذا قلنا بانه ملغا للعامل فظاهر
قول مالك انه يكفي في ذلك تبعيته لجميع غلة الحايط وقال
بن حبيب يشترط ان يكون تابعا لنصيب العامل لان التبعيه
انما تتحقق كذلك **وقوله** فان ادخلاه في المساقاه فبجزئها
يعني فان شرطا انه بينهما في المساقاه فلا يجوز الا اذا كان جزؤه
بينهما لجزء المساقاه لا اقل من ذلك ولا اكثر وقال اصبغ يجوز
ان يكون للعامل منه اكثره كما يجوز ان يلغا له كله وله قول
اخر مثل ما ذكره المولف فاذا قلنا بما ذكره المولف فوقع الامر
بخلافه ففي كتاب محمد يكون فيه مساقاه المثل قال الشيخ
ابو محمد يريد علي قول ابو محمد اصبغ وكانه يريد ان الجاري
علي قول بن القسم ان تكون له اجارة مثله **وقوله** وبذره علي
العامل والا فسد يعني ان شرط الصحة في جميع مسايل هذا الفصل
هو ان يكون بذر البياض علي العامل لانه لم يروي عن النبي صلي الله

عليه

عليه وسلم دفع الي اهل خيبر شيا من البذر وكانه من جمله العمل الذي يكون
علي العامل ولهذا قال جماعه من اهل العلم فيهم احمد بن حنبل انه يجوز اعطا
الارض بجزء مما يخرج منها ولما كان اصل المذهب المنع من الكرا الارض
بذلك قال مالك في المدونه في البياض الذي هو تابع واجب الي ان
يلغي للعامل وهو اجله يعني ليسلم من كرا الارض بالجزء مما يخرج
منها غير انه لفظ فيه نظر اذ لا ينبغي ان يطلق تفصيل الحليه لشي
لم يفعله النبي صلي الله عليه وسلم ولا امر به ويجعل راجحا علي شي
فعله قال مالك في المدونه ان شرط رب النخل ان يزرع العامل
البياض علي ان البذر والعمل من عند العامل وما نبت فلرب النخل
لم يجز لزيادة تشترط علي العامل قال بن حبيب فان نزل ذلك فليرد
العامل في الحايط الي مساقاة مثله ويكون الزرع كله للعامل وعليه
كرا البياض لربه وقال ايضا في المدونه ان شرط ان يكون البذر
من عند رب الحايط والعمل علي العامل علي ان ما نبت لرب الحايط
لم يجز لزيادة تشترط علي العامل قال بن حبيب فان نزل ذلك رد
العامل في الحايط الي مساقاة مثله وله اجرته في عمل البياض والزرع
كله لرب الحايط وخالفه بعض الشيوخ فراي ان يكون العامل في
هذه وفي التي قبلها اجيرا **قلت** وهذا الخلاف شبيه بالخلاف
المذكور فيمن اعطي رجلا حايطا يعمل فيه علي ان يعمل لربه في حايط
اخر بغير شي ياخذه منه فقال في المدونه وغيرها ان ذلك لا يجوز
قال في كتاب محمد فان نزل فهو اجير في الحايطين وفي العتبيه
له مساقاة مثله في الذي يعمل فيه وله في الاخر اجرة مثله قال
في المدونه لا يجوز للعامل ان يشترط نصف البذر الذي يزرع في
البياض علي رب الحايط ولا يكون شي من البذر من عند رب الحايط
وان جعلا الزرع بينهما نصفين لانها زيادة ازدادها العامل فان
نزل ذلك فقال بن حبيب يكون الزرع بينهما نصفين وللعامل في الحايط

مساقاة مثله وقريب منه عن اصبغ قال بن المواز وليس بشي والصواب
ان يكون اجيرًا وهو قول مالك لانها زيادة قال وكذلك لو شرط البياض
للعامل وعلي رب البدر لم يجز ويكون العامل اجيرًا وقال اصبغ له
مساقاة مثله بغير حجة قال بن القسم في المدونه وان شرط العامل علي
رب الحايط حرث البياض فقط وما سوي ذلك من البدر والعمل من
عند العامل لم يجز وان جعلا الزرع بينهما واختلف في حكمه بعد الوقوع
فقال اصبغ وبن حبيب فيه مساقاة المثل وقال بن المواز مذهب مالك
انه يرد الي اجارة مثله قال وقد قال مالك اذا دخلت المساقاة
زيادة او في الغراص صارت اجرة قال وهذا البياض الذي يجوز
اشتراطه لا تبالي كان بين اصعاف السواد او مفردا عن الشجر في
ذلك الحايط فهو جايز اذا كان تبعًا وقد ذكرنا هذه المسايل ليعلم حكمها
بعد الوقوع والاتي داخله تحت قول المولف والا فسد **وقوله**
وان شرط ربه ان يعمله لنفسه ففي الموطا لا يصلح لانه يسقيه العامل
وقيل يجوز • يعني اذا اشترط رب الحايط خروج البياض عن المساقاة
وانه يبقى لربه يعمله لنفسه ففي ذلك قولان مذهب الموطا منعه واحتج
بما ذكره المولف من ان ذلك زياده ازدادها رب الحايط علي العامل
لان العامل اذا استقى الشجر شرب البياض وراي في القول الثاني
ان العامل لا يتكلف لذلك زيادة في العمل لانه انما يسقي نخله وما
ينتفع به البياض بعد ذلك كالذي ينتفع به الجار فكما لا يضرها
ما يشربه الجار فكذلك لا يضرها ما يشربه البياض ولعل هذا الخلاف
خلاف في حال هل علي العامل في ذلك زيادة او لا **وقوله**
وبياض الزرع كبياض النخل • يعني ان البياض اذا كان في وسط
الزرع او في ناحيه عنه جاز فيه ما جاز في بياض النخل وامتنع
فيه ما امتنع فيه هكذا قال بن القسم وقال بن المواز مثله وزاد واحب
الي ان يلغى للداخل فيحتمل ان يكون لاحظ في هذه الزيادة ما لاحظه

بلغ [illegible] باصله والحمد

مالك

مالك في بياض النخل حيث قال واحب الي ان يلغى للعامل وهو اجله ويحتمل
ان يكون ذلك لزيادة في بياض الزرع وهي ان البياض بياض في ناحيه
عنه او في وسطه بخلاف بياض النخل فان غالبه بين اثنا النخل فالضرورة
الى دخوله في المساقاة اشد من ضرورة بياض الزرع والمذهب
انه لا فرق في بياض النخل بين ان يكون في اثنايها او في ناحيه منها
علي ما قدمنا **وقوله** والشجر التبع في الزرع يلزم دخوله • يعني اذا
كان في الحايط زرع وشجر هي تابعة لذلك الزرع فلا يجوز ان يلغا
للعامل كما يجوز ان يلغى له البياض وانما يجوز مساقاة الزرع علي ان
النخل والشجر داخله فيه قاله بن القسم في المدونة وقال بن المواز
وراه كالحايط فيه انواع من الثمار وروي بن وهب عن مالك انه يجوز
ان يلغا للعامل اذا كان تبعًا كمشتري الدار والارض فيهما النخل تبع
يشترط ثمرتها فهو جايز قال ولا يجوز ان يكون بينهما قال بن
المواز ولم اعرف احدًا استحسن ما قاله بن وهب ولا اخذ به والمعروف
ما قاله ابن القسم وقال القاضي بن رشد روي بن وهب لا باس ان
يشترط العامل الزرع الذي في الحايط اذا كان يسيرًا وقال مالك
في كتاب بن المواز لا باس ان يسافي الحايط وفيه من الموز ما هو تبع
قدر الثلث فاقل ولا يكون لاحدهما ويكون بينهما علي سقا واحد
مثل الزرع الذي مع النخل قال بن رشد فعلي ما رواه بن وهب يجوز
اذا كان الموز يسيرا ان يشترطه كل واحد منهما علي صاحبه
وقوله والزرع والشجر تبعًا او غير تبع يجوز بجز واحد • قد
تقدم الان حكم الشجر اذا كان تبعا للزرع وانه يلزم دخوله في
المساقاة فاذا كان الشجر وهو تابع يلزم دخوله في المساقاه ولا
يصح ان يلغى للعامل ولا لرب المال فاحرى اذا كان غير تبع فعلي هذا
يكون مراد المولف من هذه المسالة بيان شي اخر غير الذي قدمه
لئلا يلزم التكرار في كلامه مع ملاصقة بعضه ببعض وذلك

الشي هو الذي صرح به في قوله تجوز بجزء واحد محذوف مراده بيان شرط
الجواز لان بيان اصل الجواز والله اعلم واذا منع دفع حايطين على جزءين
مختلفين فلان يمنع دفع حايط واحد على اختلاف اجزاء ثمره او ثمره وزرعه
اولى وقوله الماخوذ. هذا هو الركن الثاني من اركان المساقاة
ومعناه العوض الذي يستحقه العامل في المساقاة عن عمله فيها
وقوله بشرطه الجزئية كربح القراض غير مختلف في نسبتها
يعني وشرط صحة ذلك العوض ان يكون جزءا من الثمرة كالثلث والنصف
وغير ذلك من الاجزاء على الوجه الذي تقدم بيانه في القراض وهذا
الشرط معتبر في كون ما تفعله رب الحايط والعامل يسمى مساقاة
لانه لو دفع اليه الحايط على اوسق منه او من غيره في الذمه لم تكن
مساقاة سواء كان ذلك جايزا او غير جايز كاوسق من ثمرة
الحايط الذي وقع العقد عليه واما كونه غير مختلف في نسبتها فهو
الذي قدمناه موقوفا هنا فلا يجوز على ان له في البرني النصف مثلا
وله في الصيحاني الربع وقوله وتجوز في حوايط متفقه او مختلفه
في صفقة بشرط جزء واحد. يعني انه يجوز مساقاة حايطين فاكثر
في عقدة واحدة سواء كان الحايطان متفقين في الجنس في الصفة
او مختلفين في الجنس وحده او في الصفه وحدها اذا كان الجزء الماخوذ
من تلك الحوايط واحدا ثلث كله او ربع فان اختلف لم يجز واحتج
لذلك في المدونة بان خيبر اعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم
على الشطر من ثمرها وفيها الجيد والردي وهو دليل صحيح مناسب
للصورة التي ادعى جوازها وهل فيه دلالة على اعتبار الشرط الذي
ذكره في ذلك نظر لانه لا يلزم من جواز هذه الصورة المذكورة
في الحديث امتناع ما عداها وحكى القاضي ابن رشد قولا اخر انه
لا تجوز مساقاة الحايطين في صفقة الا بشرط ان يكونا متساويين
قال ولم يختلف انه لا تجوز مساقاة الحايطين على جزءين مختلفين اتفق

الحايطان

الحايطان او اختلفا ولا فرق بينهما في المعنى وانما فرقت بينهما السنه
وذكر قضيه خيبر قال فان وقعت المساقاة في الحايطين المتفقين
او مختلفين على جزءين او في الحايطين المختلفين على جزء واحد على القول
بالمنع ففات بالعمل ففي ذلك مساقاة مثله قاله ابن يونس في الصورة
الاولى وجا في كتاب القراض الى انه يكون اجيرا قال لانه خطر
وكذلك قال في المدونه ومن ساقى رجلا نخلا على النصف وزرعا على
الثلث لم يجز حتى يكونا على جزء واحد جميعا ويعجز عن الزرع ربه قال
ابن حبيب ان وقع على صفه المنع بسبب اختلاف الجزء رد العامل في
الشجر والزرع الى مساقاة مثله اذا عجز عن الزرع ربه يوم المساقاة
والا رد الى الاجرة وكان لربه يعني اذا كان فساده لعدم شرط
مساقاة الزرع وهو العجز عن العمل وان كان الفساد لمجرد اختلاف
جزءي الزرع والشجر وجبت اجرة المثل قال في المدونه فيمن اخذ حايطين
مساقاة على النصف على ان يعمل اول سنه فيهما ثم يرد احدهما في
العام الثاني ويعمل في الاخر لم يجز لانه خطر يزيد ولا يرتفع الخطر
عن ذلك بان يكون المردود منهما معينا قال ابن حبيب فان نزل
كان في الحايطين اول سنه مساقاة المثل على تقدير ان يكون
احدهما تلك السنه وحدها ويلزم في الباقي منهما بيد العامل في
السنه الثانيه مساقاة المثل على تقدير ان يكون اخر سنتين وفيه
نظر وقوله اما في صفقات فلا يشترط يعني ان من اخذ حايطين
او حوايط كل واحد منها في صفقه سقط عنه اعتبار اتحاد
الجزء كما سقط اعتباره بسبب تعدد الصفقات لتعدد العاملين
ولا اعلم في ذلك خلافا ونفى المؤلف الشرط بلا التي للتبرية وهي
داله على العموم حينئذ مع انه لم يتقدم في المسله السابقه اول
الفصل من الشرط الاخير الذي هو اتحاد الجزئية ولكن مراده
ما فسرنا به كلامه خاصه وقوله واشتراط جزء الزكاة جاير

كالقراض حذف فاعل اشتراط والتشبيه بالقراض يدل على انه يجوز لكل
واحد من رب الحائط والعامل ان يشترط لصاحبه او عليه جز الزكاة
وسبب ذلك انه يرجع الى جزء معلوم لان جزء الزكاة هو اما العشر
او نصف العشر فاذا ضم الى النصف او نقص منه كان ذلك كله معلوما
واختلف المذهب في هذه المسلة على ثلاثة اقوال فالمشهور جواز ذلك
كما ذكر المولف وقيل بالمنع مطلقا وقيل يجوز لرب المال ان يشترط
ذلك على العامل ولا يجوز للعامل ان يشترطه على رب المال رواه اشهب
عن مالك وعلى المشهور لو قصر الحائط عن نصاب الزكاة وقد كان رب
الحائط اشترط الزكاة على العامل فقيل يقتسمان الثمرة نصفين وقيل
يقسمانها اعشارا لصاحب الحائط ستة وللعامل اربعة وقيل
يقتسمانها من عشرين لرب الحائط من ذلك احد عشر وللعامل تسعة
وقيل يقتسمانها اتساعا للعامل اربعة ولرب الحائط خمسة وهذا
القول ابينها بعد تسليم صحة المساقاة والا فهذا الاضطراب يوجب
تصحيح القول الثاني وهذا كله اذا كان الحائط بعلا وان كان
يسقى بالنضح عملت في ذلك على ما يدل عليه كلامنا الان فان سكتنا عن
شرط الزكاة فقال في المدونة الشان ان يخرجا الزكاة ثم يقتسما
ما بقي **وقوله** العمل• هذا هو الركن الثالث وهو بازا الركن الذي
قبله لان كل واحد منهما عوض عن صاحبه **وقوله** ولا يشترط
تفصيله ويحمل على العرف• لعل مراد المولف اذا كان العرف منضبطا
واما اذا لم يكن منضبطا فلا بد من البيان وقد يقال لا بد من
تفصيل العمل لان هناك امور اختلف فيها هل هي على رب الحائط
او على العامل فالسكوت عنها مستلزم للجهالة والكلام في هذا الموضع
شبيه بما قالوه في امد الخيار في البيع لانه لا يلزم التعرض في
العقد لبيانه والصحيح عندي وجوب البيان وهو مذهب الشافعي
في بيع الخيار **وقوله** وهو القيام بما تفتقر اليه الثمرة من السقي

والابار

والابار والتنقيه والجداد واقامة الادوات من الالة والمساحي• هذا
تفسير العمل الذي يلزم العامل في المساقاة ولا شك في لزوم السقي له
واختلف قول مالك في الابار وهو التلقيح فمرة قال هو على رب الحائط
ومرة قال هو على العامل وتاول بعضهم ذلك ورده الى قول واحد
فقال معنى قوله هو على رب الحائط اي الشي الذي يلقح به ومعنى
قوله هو على العامل اي تعليق ما يحتاج الى تعليق والكر غير
هذا التاويل وابقى القولين على ظاهرهما وفي معنى السقي التنقيه وجعلوا
على العامل في هذا الباب الجداد وتيبيس الثمرة والحصاد قال
بن القسم والدراس لانهم لا يستطيعون ان يقتسموه كيلا الا بعد دراسه
واختلف المذهب في حصاد الزرع وتنقيته هل يصح اشتراطه
على الشريك الذي شرط عليه في المزارعة العمل ام لا يلزمه ويكون
بينهما واختلف في عصر الزيتون في المساقاة فقال بن القسم ذلك
على ما اشترطا ان اشترطاه على العامل او على صاحب الحائط فلا باس
هكذا حكاه بعض اكابر الشيوخ عن المدونه والذي في المختصرات
عندنا ان اشترطا قسمة عصره حبا جاز وان شرطا عصره على
العامل جاز ليسارته **قلت** وليس عصره في بلادنا باليسير ولذلك
الحصاد في غالب الامر ولقط الزيتون وجداده وقال بن المواز
وان لم يكن فيه شرط فعصره بينهما وقال سحنون عن بن القسم
على العامل عصره ان كان ذلك غالب عمل اهل البلد وان شرط على
العامل عصره ان لم يكن ثم عرف جاز وان شرط على رب الحائط
عصر حصة العامل لم يجز وقال سحنون منتهى عمله جناه وقال
في كتاب محمد ان لم يشترطه على احد فهو بينهما وقال بن حبيب
العصر على العامل وان شرط على صاحب الحائط دخل ذلك قدر
لم يجز ورد العامل الى اجارة مثله قال في المدونه وان شرط
العامل على رب النخل صرام النخل لم ينبغ ذلك وكذلك على العامل

اقامة الادوات الحقيقيه كالالة والمساحي وعليه استيجار الاجرا
والغلمان والدواب لان هذه بها ياتي العمل واما نفقتهم فان
كان العامل استاجرهم فبين ان نفقتهم عليه وان كان رب
الحايط هو الذي استاجرهم على ما سياتي وكانت نفقتهم مشترطة
على من استاجرهم فان العامل هو الذي ينفق عليهم كما ينفق على رقيق
الحايط فان قصر العامل عن بعض ما شرط عليه فقال سحنون فيمن
اعطى كرمه او زيتونه مساقاة على ان يسقي ويقطع ويجني وعلى ان
يحرثه ثلاث حرثات ففعل ما شرط عليه الا انه لم يحرثه الا حرثتين
قال ينظر جميع عمل الحايط المشترط عليه من سقا وحرث وقطع
فان كان ما ترك يكون منه الثلث حط من النصف الذي هو له
ثلثه ان ساقاه على النصف وعلى هذه النسبه وقال مالك اذا دخل
الحايط سيل اقام فيه حتى استغنى عن الما فلا يحاسبه رب الحايط
بذلك قال ابن رشد هذا مما لا اختلاف فيه بخلاف الاجاره بالدنانير
والدراهم على السقي زمنه وهو معلوم عند اهل المعرفه فسقى المطر
الحايط فيجب ان يحط من اجارته قدر ما اقام المطر في الحايط
وسقط عنه سقيه **وقوله** وما كان فيه يوم السقا فيجب للعامل
الاستعانه به وان لم يشترطه والاجرة على ربه بخلاف نفقتهم وكسوتهم
يعني ان ما كان في حايط المساقاه حين عقدها من رقيق والدواب
فهي واجبه الدخول في العقد يكون للعامل ان يستعين بها سواء
اشترطه العامل او لم يشترطه وكذلك الاجرا ان كانت اجارتهم
وجيبه فهي على رب الحايط ونفقتهم وكسوتهم ان كانت مشترطه
على رب الحايط ونفقتهم وكسوتهم ان كانت مشترطه على رب
الحايط في عقد الاجاره فتكون على العامل وكذلك نفقة العبيد
وكسوتهم هذا هو المشهور من المذهب قيل لان النبي صلى الله عليه
وسلم لم يروى انه اخذ لليهود شيا مما ذكرنا انه يترك للعامل

وقال

وقال عيسى وابن نافع لا يكون الرقيق والدواب للعامل الا بشرط
والعقد صحيح قال عيسى لان صاحب الحايط قال الباجي وهذا يقتضي
ان له ان يشترط اخراج ذلك وفي مختصر ما ليس في المختصر ان
نفقة الرقيق على رب الحايط قال في المدونه ولا ينبغي لرب الحايط
ان يساقي على ان ينزع ما كان فيه من غلمان او دواب فيصير
كزيادة شرطها الا ان يكون نزعهم قبل ذلك فان شرط ذلك
وعمل العامل على هذا او شرط العامل على رب الحايط ادخالهم في
المساقاه وليسوا فيه لم يجز فان نزل ذلك فللعامل اجارة مثله والثمر
لربها وقال ابن المواز له مساقاة مثله ثم رجع الى الاجرة فيهما
جميعا ولابن القسم في المدونه اذا شرط اخراج الرقيق كان للعامل
مساقاة مثله وقال ابن حبيب ايضا ان نزل اشتراط العامل
نفقة نفسه او نفقة الاجرا على رب الحايط فان العامل يرد الى
اجارة مثله قال ابن القسم في العامل يجهل فلا يستثني ما في
الحايط من دواب ورقيق وقال صاحبه انما ساقيتك بغير
دواب ولا رقيق انهما يتحالفان ويتفاسخان قال الشيخ ابو
محمد انظر وهل لا يجوز عنده اخراجهم فصار مدعيا لما لا يجوز
قال الباجي ومعناه على اصل ابن القسم ان العامل لم يقر صاحب
الحايط على انهم في الحايط يوم السقا واختلفوا فقال صاحب
الحايط لم يكونوا في الحايط يوم العقد وقال العامل بل كانوا
منه قال وقد ذكر ابن مزين روايه عيسى هذه وزاد فيها
الا ان يعطى رب الحايط الرقيق فتلزم المساقاه الى اجلها وهذا
يدل على صحتها على حسب ما قلناه واما لو قال رب الحايط
انهم كانوا في الحايط يوم العقد وشرطت اخراجهم وانكر
ذلك العامل وقال شرطت ابقاهم وانكر الشرط فالقول
قوله لانه يدعي الصحة ولو قال صاحب الحايط لم اشترط

يعني لو اشترطهم على
اما قبلت الا على اول
حط الحزم

شيا لكني اعتقدت اخراجهم لم ينظر الي ذلك وكذا للعامل **وقوله**
وللعامل خلف ما مات او مرض • يعني وكذلك لو غاب او ابق وهذا
معنى ما في الموطا والمدونه وزاد في غيرهما وان لم يشترط ذلك عليه
العامل قال الباجي وهذا لان العقد كان على عمل في ذمة صاحب الحائط
ولكنه تعين بقولا بالتسليم واليد كالذي يكري راحلة مضمونة ثم
يسلم احدى رواحله الي الراكب فانه ليس له ان يبدلها ولم
يكن ذلك بمنزلة العبد المستاجر بعينه لانه ليس في الذمة قال
وهكذا اذا كان مستاجرا الجميع العام وان كان مستاجرا لبعضه
فلم ار فيه نصا وعندي انه لعوض منه من سهم العامل كالموت
وقوله ولو شرط اجرتهم او خلفهم على العامل لم يجز • يعني لانه
شرط مناقض لمقتضى العقد فان فات ففي هذا الاصل خلاف هل
يرد الي اجر مثله او مساقاة مثله وهو منصوص في بعض مسايل
هذا الفصل **وقوله** وما رث مما كان فيه ففي تعيين من يخلفه
قولان • يريد ان ما رث من آلة الحائط كالاحبل والدلاء والزرانيق
اذا هلكت فاختلف هل على رب الحائط خلفها كالدواب او
ليس عليه خلفها وتكون كالعامل والاول قاس الالة على الرقيق
والدواب والثاني فرق بان الاصل تعيين الالة والدواب بدليل
انهم اذا لم يكونوا في الحائط لم يجز للعامل اشتراطهم اذا ثبت
ذلك فنقول ترك هذا الاصل في الدواب والرقيق لان مدة
حياتها مجهولة فلو لم تتعلق الخدمة حينئذ بذمة رب الحائط
لفسدت المساقاة للغرر واما الالة فامد الانتفاع بها
معلوم في العادة فوجب بقاوها على مقتضى الاصل في التعيين
والله اعلم واختار الباجي القول الاول **وقوله** فان سرق فعلى
ربه اخلافه • يعني فان سرق شي من الالة لزم ربه ان يخلفه
من ماله وهذا مما يقوي القول بعدم التعيين لانه لو لم يكن

مضمونا

مضمونا لما لزم خلفه **وقوله** فاذا مضى قدر الانتفاع بالمسروق جاء
القولان • يعني فاذا اخلف ذلك المسروق انتفع به العامل بقية المدة
التي يرى ان المسروق كان ينتهي اليها فاذا انقضت فمن قال فيما رث
من الالة يلزم خلفه بقي ذلك كله بيد العامل الي انقضاء امد المساقاة
ومن قال فيما رث منها لا يلزم خلفه يقول هنا اذا انقضت
غاية ما كان ينتفع بالمسروق فيها اخذ ذلك رب الحائط وهذا
هو معنى قول المولف جاء القولان فالالف واللام في القولين
للعهد وهكذا حكى القولين غيره وانما يصح ذلك اذا اخلف المسروق
جديدا وذلك عندي لا يلزم رب الحائط وانما يلزمه ان يخلف
مثل صفة المسروق في القدم والجدة فان اخلفه قديما على صفة
المسروق استعمله ما دام فيه ما ينتفع به في امد المساقاة وان
اخلفه جديدا فالاصل ما قاله المولف الا ان يقال انه متطوع
باخلافه على هذه الصفة وفي ذلك نظر **وقوله** ولا يجوز شرط
ما يبقى بعد انقضايها كحفر بير او انشاء غراس • تصور
كلامه ظاهر وانما كان ذلك ممنوعا لان ما تبقى منفعته بعد امد المساقاة
لا تعلق له حقيقة بالمساقاة ولا ضرورة تدعو الي عقدها
فوجب ان يمنع فان وقع فالاصل فسخه وفي فواته فللعامل
اجرة المثل وان كان قد وقع في بعض الروايات خلاف
ما ستراه قال في المدونه واذا اشترط رب الحائط على
العامل بنا حائط حول النخل او تزريبها او حفر بير
لسقيها او لسقي الزرع او اخراق مجرى العين اليها لم يجز ويكون
اجيرا اذا كان مما ازداده من ذلك يبقيه به مونة ليست
بيسيرة وقال مالك في العتبيه ولا يجوز ان يشترط عليه غرسا
ياتي به من عنده فيغرسه في الحائط قال محمد ان كان يسيرا
اجزت المساقاة وابطلت الشرط وان كان له قدر لم يجز وقال

مالك ايضا ولو شرط عليه العمل في ذلك ويكون اصل الغرس من
عند صاحب الحايط فان كان يسيرًا اجاز وان كان كثيرًا لم يجز
قال الباجي فاذا وقع على الوجه الذي لا يجوز فعلى قول مالك في الموازيه
له اجر مثله قال عيسى ان كان العمل كثيرًا من العامل دون الاصل
رد الى مساقاة مثله وان اتى بالودي رد الى اجر مثله واعطي
قيمة غرسه مقلوعًا قال الباجي والمساقاه مبنيه على ان ما كان
من العمل مما يحتاج اليه الثمرة ويبقى بعد الجداد مما يلزم رب الحايط
فانه يجوز اشتراط يسيره على العامل ولا يجوز اشتراط كثيره واما
ما لا تحتاج اليه الثمرة مما كان منه عملا يجري ادا يجوز ما لا لاصحابه
بسيره وما كان منه يأتي العامل بعينه فمنعه مالك وجوزه ابن
المواز **وقوله** واغتفر اشتراط اصلاح الجدر وكنس العين ورم
الحوض • هذه صور خشي المولف ان لو سكت عنها لفهم مما قدمه
ان المذهب عدم اغتفارها لانه قد تبقى آثارها بعد انقضا
امد المساقاه وقد علم ان ما هذا شانه غير مغتفر لكن ليسارة الامر
في هذه مع انه قد لا يبقى لها اثر ولا سيما غير مغتفر مع طول اجل
المساقاة اغتفر هنا ولعل المولف قصد بهذه الثلاثه التي ذكرها
التمثيل دون الحصر وقد الحق بها سرو الشرب والسرو الكنس والشرب
جمع شربه وهي حياض يستنقع فيها الما حول الشجر وتحصين
حروفها ومجرى الما اليها هكذا فسره ابن حبيب لكنه خالف ملكًا
فيه فعند ملك هو النوع الذي ذكره المولف وقال ابن حبيب
هو على العامل وان لم يشترطه عليه رب الحايط واما خمر
العين وهو كنسها كما ذكره المولف ورم القف وهو الحوض
كما ذكره المولف ايضا فقال ابن حبيب هو على رب الحايط ويجوز
اشتراطه على العامل وهو قريب مما ذكره المولف فيه قال
في العتبيه حرق القف واصلاح كسر الزرنوق فيمته الدرهمات

بالروي

والدينار

والدينار على رب الحايط ان لم يشترطه وروى عنه اشهب
انه لا يشترط على العامل اصلاح كسر الزرنوق **وقوله** ولا يجوز شرط كله
رب الحايط ولا اشتراط عمله • يريد انه لا يجوز لرب الحايط
ان يدفع الى العامل جملة الحايط على ان يكون شريكًا معه بالنصف
ولا يغير ذلك من الاجزا وكذلك لا يجوز ان يشترط عليه الاستعانة
بعمل يده وتقديم المسئلة الثانيه على الاولى احسن لان امتناع
الاولى مبني على امتناع الثانيه مبني على ان اشتراط العامل على
رب المال زيادة او يجبر لا يجوز كما لا يجوز ذلك في القراض
وهذا هو المشهور في المذهب وقال يحيى عن نافع انه قال لست
اخذ بقول مالك ولا باس ان يشترط العامل عبدا او الرقيق
وان لم يكونوا في الحايط يوميد وهو قول الشافعي غير ان
التحجير على العامل بعمل رب الحايط معه زيادة في موانع المساقاه
وقال في المدونه لا يجوز ان يشترط العامل ان يعمل معه رب
الحايط بنفسه فان نزل ذلك فله مساقاه مثله وقال محمد
له اجر مثله لان ملكًا اجاز ان يشترط عليه دابة او غلامًا
اذا كان لا يزول وان مات اخلفه له رب الحايط فلذلك
خفف اذا اشترط ان يعمل معه رب الحايط وقال سحنون
اذا جاز ان يشترط عون غلامه جاز ان يشترط عون نفسه
قال ويجوز اشتراط عمل يد رب الحايط اذا كان الحايط
كبيرًا وقال مالك في العتبيه في رجل قال لرجل
تعال اسق انا وانت حايطي على ان لك نصف الثمرة لا يصلح
ذلك قال وانما المساقاة ان يسلم الحايط الى الداخل
فاشار الى ان المانع في هذه الصورة هو المانع في اشتراط
عمل يد رب المال وهو التحجير **وقوله** ويشترط تاقيتها
واقله الى الجداد وان اطلق حمل عليه • يعني انه لما كانت المساقاة

لازمه لخلاف القراض اشبهت الاجارة والاجارة لابد من ضرب
الاجل فيها فكذلك المساقاة الا ان اشتراط الاجل مع الحكم بصحة
عقد المساقاة المطلقة لبعيد ولا سيما واصل المذهب ان العقد اذا
احتمل الصحة والفساد محمول على الفساد خلافا لابن حبيب فان
قلت مراد المولف باشتراط التاقيت ان وجود الجهالة في العقد
يفسده وحصول الجهالة امر زايد على اطلاق العقد قلت فعلى هذا
التقدير تكون الجهالة مانعا من الصحة لان التاقيت شرط في الصحة
والله اعلم قال مالك في المدونة والشان في المساقاة الى الجداد
لا تجوز شهرا ولا سنة محدودة وهي الى الجداد اذا لم يوجلا قال
ابن القسم وان كانت تطعم في العام مرتين فهي الى الجداد الاول
حتى يشترط الثاني وقوله وتجوز الى سنين والاخيرة بالجداد
ما لم يكثر جدا قيل عشرة قال لا ادري تحديد عشرة ولا ثلاثين
ولا خمسين ان قلت ما فايدة قوله وتجوز الى سنين مع قوله
وليشترط تاقيتها فان جوازها الى سنين داخل في اشتراط
التاقيت قلت له فايدتان احدهما انه لما قرر ان امد التاقيت
هو الجداد الاول خشي ان يفهم من كلامه انه لا يكون تاقيتها
الا بتعدد مرات الجداد فبين انه يكون بالسنين ايضا الثانية
انه اراد بهذا الكلام انه يجوز عقد المساقاة الى سنين قليلة
وكثيرة ما لم تكثر جدا كما قال ثم السنة الاخيرة ان اتفق
كون الجداد باخرها فبين وان تاخر الجداد عنها لزم العمل
الى الجداد وكان للعامل منه نصيبه وقال مالك في كتاب
محمد فيمن ساقا حايطا من صفر سنة احدى وسبعين وما يه
الى صفر سنة ثلاث وسبعين فان وقت الاجل قبل طيب الثمرة وقبل
جدادها لم يخرج من يده حتى يستكمل المساقاة فيه وحتى يتم جداده
قال اللخمي ومحمل قوله على ان الجداد قريب من انقضا ذلك الامد

وانهما

وانهما كانا يريان الثمرة تطيب في تلك المدة فيكونا قصدا الى بيعها قبل
ولو كان الطيب يتاخر عن تلك المدة بالشي البين لم يصح ذلك لانه
استعمله على بيع منافعه في تلك المدة لياخذ ثمرة عامين قلت
انما تم هذا التفسير اذا لم يكن للعامل شي في الثمرة الثالثة واما
اذا كان له منها نصيبه على النسبة ما تقدم وهو ظاهر الرواية
فلا فساد فيها والله اعلم قال ابن المواز قال مالك اذا جد العامل
النخل وبقيت نخل او شجر نحو العشرين تاخرت فعليه سقي جميع
الحايط حتى يجد ما بقي وكذلك ان كانت عدايم وهو المتاخر الطيبا
وقال ايضا في رواية ابن وهب اذا اخذ حايطا فيه اصول
مختلفة من نخل وكروم ورمان وغيره على سقا واحد فعليه
ان يسقيه كله حتى يفرغ منه ويرده الى ربه وقال
مطرف وابن الماجشون في العدايم ان كانت قليلة جدا
فعلى رب الحايط سقي حايطه كله عدايمه وما جد منه
وليوف العامل حقه من ثمر العدايم وان كانت العدايم
اكثر فعلى العامل سقي الحايط كله مثل اذا جد بعضه
وبقي بعضه وان كان ذلك متناصفا او متشابها فعلى
العامل ان يسقي العدايم كلها وحدها وعلى رب الحايط سقي
باقيه قال ابن الماجشون وان كان في الجنان انواع من
الثمر تين وعنب وفرسك يجنى بعضها فهي كالعدايم سوا وقال
اصبغ مثله وقال مطرف كل ما قطف منها ثمرة فقد
انقضى السقا فيها قلت او كثرت واختاره ابن حبيب
وقوله وللعامل ان يساقي امينا غيره يعني ان العمل
في المساقاة يتعلق بذمة العامل وليس هو كالاجير المعين
فله ان يساقي غيره وشرط المولف في العامل الثاني ان
يكون امينا وظاهره انه سوا كان العامل الاول امينا او لا

ويعتقد ان يكون امينا فلا يحتاج الي تساويهما في الامانه فان
اراد هذا فهو خلاف المدونه وخلاف ما يقتضيه النظر لان
المطلوب ان يكون الثاني مساويا للاول في الامانه وكذلك
ايضا ينبغي ان يكون مساويا له في القوة علي العمل قال في المدونة
ولمن سوقي في اصل او زرع مساقاة غيره في مثل امانته فان
ساقا غير امين ضمن قال قلت تعليق ضمانه علي عدم
امانه العامل الثاني دليل علي انه لا يحتاج في هذه الصورة الي
مطلق الامانه ولا يحتاج الي المساقاة بينهما كما هو اختيار
اللخمي قلت لا دلاله علي ذلك وانما جري في المدونة علي عادته
وعادة المتقدمين في التمثيل بالمسايل الجلية الحكم واضرابهم
عن ما عداها وتركهم المشكل حتي يقع فينظر فيه ولا شك
ان الثاني ان كان غير امين في ضمان العامل الاول لانه
ان كان دون الاول في الامانة انه لا ضمان علي الاول
وقد قال في كتاب الرواحل ما تتوهم به قوة السوال
حيث قال فيه وان اكتري دابة ليركبها فحمل مكانه
مثله في الخفة والامانه لم يضمن وان اكري ممن هو اثقل
منه او من غير مامون ضمن فهذا مثل ما ذكرناه عن المدونه
في مسلة المساقاة الا ان الذي له في الجعل والاجارة سلم ما دلها
في الجواب وهو قوله هناك وكره مالك للمكتري الدابه لركوبه
كراها من غيره كان مثله او اخف منه فان اكراها لم
افسخه وان تلفت لم يضمن ان كان اكراها فيما اكتراها
فيه من مثله في حاله وامانته وخفته قال في المدونة
لا يجوز ان يربح في المساقاة الاغر امثل ان ياخذ علي النصف
ويعطي علي الثلثين فيربح السدس او يربح عليه قال مالك
في كتاب محمد اذا اخذ علي النصف ودفعه علي الثلثين الي غيره

وربه

وربه عالم بذلك فربه اولي بنصف الثمرة ويرجع الثاني علي الاول
بفضل ما بقي قال القاضي ابن رشد علي قوله وربه عالم هذا عندي علي
القول بان السكوت ليس كالاذن وهو احد قولي ابن القسم واما
علي القول بانه كالاذن فيجب ان يكون احق بثلثي الثمرة ويرجع
رب الحايط علي العامل الاول بمثل سدس الثمرة واذا كان
الاول احق بنصف الثمرة فهو مثل ما في المدونة قال وهو كلام
خرج علي غير تحصيل لان الواجب ان يرجع عليه بقدر مالصا حب
الحايط من حظه من الثمرة في قيمة عمله ويلزم علي هذا اذا علم العامل
الثاني ان الاول علي النصف ان تكون المساقاة فاسدة لانه
دخل علي ان يكون له نصف الثمرة وقيمة ربع عمله وذلك
لا يحل قال وقد رايته لبعض اهل النظر وقوله فان عجز
ولم يجد اسلمه ولا شي له يريد فان عجز عن العمل ولم يجد امينا
علي ما تقدم اسلم الحايط لربه ولا شي له من الثمرة وهذا صحيح اذا
قبل ذلك رب الحايط وظاهر المدونة وغيرها ان الحكم كذلك
وان لم يرض رب الحايط وهو مما انتزع منه بعض الناس
ان عقد المساقاة غير لازم والمشهور كما تقدم لزومه وكانهم
قضوا هنا للعامل علي رب المال الحايط كما قضوا لرب الحايط
علي العامل في عين السقي يغور ماوها ان كان قبل العمل فلا
شي علي رب الحايط وان كان بعد العمل لزمه ان ينفق بقدر
ما يقع له من الثمرة وان لم يكن عنده شي فللعامل ان ينفق مثله
ويكون نصيبه من الثمرة رهنا بيده وقد اشار الباجي غرم
الي ان قولهم هنا ان كان قبل العمل فلا شي علي رب الحايط
بني ل علي ان المساقاة لا تلزم بمجرد العقد وهو قول في المذهب ان
وقال بعض الشيوخ في مسلة المولف فان قال رب الحايط
انا استاجر من يتم العمل وابيع ما صار له من الثمرة واستوفي

ما اديت فان فضل شي فله وان نقص اتبعته به فينبغي ان يكون
ذلك كقول بن القسم في المتزارعين يعجز احدهما بعد العمل وقد طيب
الزرع فقال لصاحبه اعمل فاذا يبس الزرع بيع واستوفيت حقك
فما فضل فله وما عجز اتبعته به للزوم العمل له هذا كله ان كان
عجز العامل في المساقاة قبل العمل وان كان بعد الشروع فيه
وقبل بدو الصلاح فلذلك وان كان بعده فقال بن القسم يباع
نصيب العامل ويستاجر عليه منه فان كان فضل كان
له وان كان نقصان اتمه وقال سحنون اذا عجز رد الى
صاحبه بمنزلة اذا عجز قبل صلاحه قال والمساقاة اولها
لازم كالاجارة واخرها اذا عجز كالجعل يسلم لربه ولا شي له
وقوله ولهما ان يتقايلا • لما قدم ان رجوع الحايط الى
ربه عند عجز العامل جايز خشي ان يعتقد ان سبب جواز
ذلك انما هو الضرورة لاجل عجز العامل فبين ان ذلك يجوز
ايضا اختيارا منهما وقد تقدم انه يجوز للعامل ان يساقي
غيره فرب الحايط اولى لان قصارى الاقالة تجوز على
جميع الاحوال الثمرة قبل الزهو وبعده وقد تقدم ان المشهور
منع مساقاة ما حل بيعه قال اصبغ عن بن القسم اذا قال
رب الحايط للعامل اخرج من المساقاة على ان لك ربع الثمرة
اذا طابت فذلك جايز واذا قال رب الحايط بعد ان عمل
وانفق انا اعطيك عينا او عرضا على ان تخرج لم يجز وان اعطاه
من التمر بعينها شيا قبل ان تطيب فان كان جزا سايعا
ربعا او سدسا جاز ولا يكون كيلا مسمى قال بن ميسر
وروي بن القسم عن مالك ان لم يعمل جاز ان يعطيه جزا
منها وان عمل لم يجز لانه كانه اعطاه فيما تقدم من عمله ما
حصل له من الثمرة وهو مجهول وقاله اشهب في العتبية قال

رجيب

رجيب اذا انتاركا كجعل دفعه العامل الى رب الحايط يعني
من غير الثمرة فعثر عليه قبل الجداد رد الجعل ورجع العامل
الى مساقاته وغرم لرب الحايط اجر ما عمل بعد رده عليه
وكذلك ان عثر عليه بعد الجداد فللعامل نصف الثمرة ويودي
قيمة ما عمل بعد رده وياخذ ما كان اداه قال بن المواز اذا
اخذ رجلان حايطا مساقاة فسلم احدهما لصاحبه
بجزء من الثمرة فذلك جايز وكذلك لو كان ملكا لهما ولو
اخذا حايطين مساقاة او كانا ملكا لهما فاراد احدهما ان
يخرج الاخر على جزء منهما من ثمر احد الحايطين لم يجز وقوله
ولا تنفسخ بفلس ربه ويباع مساقا وقيل لا يباع حتى تنقضي او يتركها
لما قدم الكلام على عجز العامل واتبعه بالكلام على الاقالة تكلم
هنا على ما اذا عرض لرب الحايط ما يباع عليه الحايط بسببه
وهو الفلس هل يمنع ذلك من التمادي على المساقاة وذكر ان
الحايط يباع على ربه في الفلس قال في المدونة وسوا كان
العامل عمل ام لا قيل لابن القسم لم اجزته ولو ان رجلا باع حايطه
يعني قبل الابار واستثنى ثمرته لم يجز قال هذا وجه الشان فيه
وليس هذا عندي باستثنا ثمرة وقال غيره لا يجوز بيع الحايط
حينيذ ويوقف الا ان يرضى العامل بتركه فيجل بيعه وهذان
القولان هما اللذان ذكرهما المولف هنا واختلف راي سحنون
في اختياره من القولين فرجح مرة قول بن القسم قال لعله الضرورة
بسبب الفلس وقال مرة اخرى انما يجوز بيعه اذا كانت
المساقاة سنة واحدة لجواز بيع الربع والحوانيت على ان يقبضها
مبتاعها بعد سنة واحدة ان كانت المساقاة سنتين فلا
يجوز بيع الحايط بحال ويبقى العامل فيه الى اجله كما لا يجوز
بيع الربع على ان يقبض الى هذا الاجل ويفسخ فيه البيع وقال

بياض
سنين

بن المواز ان ابرت الثمره او طابت فذلك جايز علم المبتاع او لم
يعلم وان لم تؤبر لم يجز البيع علم المشتري بالمساقاه او لم يعلم
شا البايع او ابا اذ لا يجوز للبايع حينيذ استثنا شي من الثمره
اذا لم تؤبر وقال في المشتري يخرج العامل شي يعطيه
من غير الثمره فلا يجوز واما يخرج منها او لغير شي فجايز وقوله
الرابع الصيغه هذا الركن وان كان حقه ان يتقدم على الثلاثه
التي قبله لانه هو الواقع في الوجود اولا الا ان المولف لم يذكر
للمساقاه حدا ولا رسما اما لانها معلومه عند اكثر الناس واما
لانه استغنى عن التعريف فيها بتعريف القراض كما اشرنا اليه
صارت الصيغه لهذه الحقيقه لبعض اللواحق لانها ان لم تتعين
لها صيغة فلا كلام وان تعينت كان ذلك حكما على هذه الماهيه
بانها لا تنعقد الا بلفظ خاص فلذلك والله اعلم اخر هذا الركن
عن غيره من الاركان السابقه وقوله مثل ساقيتك وعاملتك
على كذا فيقول قبلت وما في معناها من قول وفعل ظاهر كلامه
بل صريحه ان الصيغة لا تنحصر في قوله ساقيتك والمحكي عن بن
القسم انها منحصرة في ذلك وحكي عن سحنون انها تنعقد بلفظ
الاجارة وفي صحة هذا عنه عندي نظر فان صح فلا شك انها
تنعقد عنده بلفظ عاملتك وبالجمله ان كلام المولف مقتض
لعدم انحصار صيغة المساقاة في لفظ ساقيتك وانه يقوم
مقام ساقيتك وعاملتك كل لفظ يدل على المعاوضة في المنافع
وان المعاطاه في ذلك كافيه لان الضمير المخفوض من قوله
معناها عايد الي لفظ ساقيتك وعاملتك وقبلت وقد فسر
جميعها بقوله من قول وفعل وقوله وللفاسد ثلاثة احوال
قبل العمل فتفسخ يعني انه اذا عثر على المساقاة الفاسدة قبل العمل
وجب فسخها على اصل المذهب والا لما كانت فاسدة واذا فسخوا

البياعات

البياعات المكروهة قبل الفوات فالفاسدة اولي بالفسخ ووقع
في بعض النسخ فتنفسخ مضارع انفعل والاحسن كان فتفسخ مبني للمفعول
وقوله الثانية بعد الفراغ فله بعد اجرة المثل ومساقاة المثل
ومساقاة المثل ما لم تكن اكثر من الجزء الذي شرط عليه ان كان
الشرط للمساقي او اقل ان كان للمساقي والرابع قول بن القسم ان
خرجا عن معناها كاشتراطه زيادة من عين او عرض فاجرة المثل
وان لم يخرجا لمساقاته مع ثمرة طعم او اسير اطعمل ربه معه
او مساقاة مع بيع صفقه او لسنه كذا او سنة كذا فمساقاة
المثل يتصور القولين بين وحاصل القول الثالث ان كان
الشرط الموجب للفساد وقع من رب الحايط فللعامل الاقل
من مساقاة المثل او الجزء الذي شرطاه وان كان ذلك الشرط
وقع من العامل على رب الحايط فللعامل الاكثر من ذلك وتصور
القول الرابع ايضا بين قال بعض الشيوخ والخلاف المذكور
في القراض الفاسد يجري مثله في المساقاة الفاسدة والقول
الرابع من الاقوال التي ذكرها المولف هو مذهب بن القسم
وهو استحسان عندهم والمسلتان الاولتان من المسايل الاربع
التي ذكرها المولف مثالا للقسم الثاني من قسمي القول الرابع
وهما في المدونه والاثنتان الباقيتان في العتبيه قال
بن رشد ويلزم على الاخيره منهما اذا ساقاه في حايطين احدهما
على الثلث والثاني على النصف وكذلك اذا ساقاه في حايط
على ان يكفيه مؤنه حايط اخر فقال انه تكون له اجارة مثله
في الذي شرط عليه كفايته ويرد في الاخر الي مساقاة مثله
قال وكان يمضي لنا عند من ادركناه من الشيوخ ان الذي
يردنيه على مذهب بن القسم من المساقاه الفاسده الي مساقاه
مثله هي المسايل الاربع بيوبين الي ذكرها المولف وسايرها كلها

يردفيها الى اجارة المثل بعلي تاويلهم تكون هذا مولا خامسا في
المسلة قال والصواب ان ماذهب اليه ابن حبيب على الاصل
الذى ذكرناه معتبر لمذهب ابن القسم لا خلاف له قلت وقد
تقدم في اثنا الكلام على المسايل فروع يرد فيها الى مساقاة المثل
وقوله الثالثة في اثنا العمل فتفسخ ان كان الواجب اجرة
المثل وتمضى ان كان مساقاة المثل يعني انا اذا اعثرنا على فساد
المساقاة بعد الشروع فيها وقبل تمام العمل بحيث حكمنا باجرة
المثل فالضروره داعيه الى تمام العمل لان العوض على هذا القدر
انما يدفع للعامل من الثمرة التى تكون في الحايط لا من غيرها
وقد انتج هذا ان اجارة المثل تتعلق بذمة رب الحايط وان
مساقاة المثل لا تتعلق بذمة رب الحايط بل تكون في ذلك
الحايط والله اعلم وقد تقدم هذا المعنى مختلفا فيه في كتاب
القراض وقوله وحكمها بعد سنة من سنين كحكمها في اثنا
سنة يريد انه لا فرق بين ان تكون العثور على المساقاة الفاسدة
في اثنا سنة او بعد انقضائها من سني المساقاة الفاسده
ولا يقال هذا ظاهر اذا كانت الاجارة هي الواجبه واما اذا
كان الواجب هو مساقاة المثل فينبغي ان يفسخ باقي السنين لان
الحايط قد تقل ثمرته في عام وتكثر في اخر فلولم يتماديا على العمل
الي منتهي المدة لغبن احدهما وقال ابن القسم في المدونه فيمن طابت
ثمرة نخله فساقاها هذه السنه وسنتين بعدها لم يجز ويفسخ
وان جد الثمرة العامل ويعطى ما انفق عليها واجر عمله فيها
فان عمل بعد جداد الثمره لم افسخ بقية المساقاه وله استكمال
الحولين الباقيين وله فيهما مساقاة مثله ولا افسخها بعد تمام
العام الثاني اذ قد تقل ثمرة الثاني وتكمل في الثالث ماظلمه
وهذا كاخذ العوض قراضا ان ادرك بعد بيعه وقبل ان يعمل فسخ
ولم

ولم اجر مثله في بيعه وان عمل فله قراض مثله مع اجر بيعه غير ان
في الموازيه ان ادرك قبل مجي ثمرة قابل فسخ وله اجارة مثله ونفقته
وان لم يفسخ حتى اتت ثمرة قابل لم يفسخ الى تقضية السنين فجعل
الفوات ظهور ثمرة عام من اعوام المساقاة وهو مخالف لما وقع هنا
فتامله وقوله المزارعه قال الجوهري الزرع واحد الزروع
وموضعه مزرعة ومزدرع والزرع ايضا طرح البذر والزرع ايضا
الانبات يقال زرعه الله اي انبته ومنه قوله تعالى ااَنتم تزرعونه
ام نحن الزارعون ويقال للصبي زرعه الله اى جبره وازدرع فلان
اى احترث وهو افتعل الا ان التا لما لان مخرجها لم توافق
الزاي لشدتها ابدلوا منها دالا لان الدال والزاي مجهورتان
والتا مهموسة قال والمزارعه معروفه قلت وهي في عرف
الفقها واهل الزمان المفاعله في شركة الحرث وخرج البزار
عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقول
احدكم زرعت وليقل حرثت وفي الصحيح من حديث جابر ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يغرس مسلم غرسا ولا يزرع زرعا
ياكل منه انسان ولا دابة الا كانت له صدقه وقد تقدم
السبب في ترك المولف تعريفها قبل وهي دايرة بين الاجارة
والشركة والاقرب عندي انها شركة حقيقة الا انها مركبه
من شركة الاموال والاعمال واضطرب المذهب هل هي
عقد لازم او جايز وقوله والمشهور جوازها وان لم يشتركا
في الدواب والالة شرطها السلامة مما ردا بيان عن ما قال في
المدونة والاصل هو الشاذ لان الذي تكون به الشركة
لابد ان تكون ضامنه منهما فان لم يشتركا فيه لم يضمن
كل واحد منهما الا الذى اخرجه خاصة والذي رايته
من النسخ في هذا الموضع هو اثبات الواو في قوله وان لم والصواب

حرفها لان اتباتها موجب لان يكون الخلاف المذكور مع
وجود الشركه في الاله وليس كذلك وانما هو اذا لم تكن
بينهما شركة في الاله والله اعلم وكان الاولي تاخير هذا الفرع
لعد الشرط الذي يذكره الان لموجب العنايه بالمتفق عليه
قبل المختلف فيه **وقوله** وسرطها السلامه من كرا الارض
بما يمنع كراوها به • يعني ان شرط المزارعه هو السلامه من
كرا الارض بما تنبته ومن كراها بالطعام وعبارة اكثرهم
في هذا الموضع السلامه من كرا الارض بما يخرج منها وانما
عدل المولف عن ذلك والله اعلم لانه اعتقد هذا الكلام لا يجمع
على المقصود لان الارض كما تمنع كراوها بما يخرج منها كذلك
يمتنع منها كراوها بالسمن والعسل وشبهه من الطعام الذي
لا يخرج منها فعدل الي العبارة التي ذكرها والظاهر ان
عبارتهم في هذا الموضع لا تعقب فيها لان السمن وشبهه
من الطعام لا مدخل له في المزارعه عادة ولا شرعا وما هو بهذه
الصفة لا يحتاج الي ذكره ولا الي التحرز منه وقد تقدم لنا
ان لبعضهم يقول كلما تطلب السلامه منه فلا يعد في الشروط
التحرز منه وانما يحسن عادة في الموانع وذلك حسن من
قايله فلهذا لا ينبغي ذكر هذا الكلام تجملته على الطريق التي ذكرها
المولف والله اعلم وخالف الداودي احمد بن نصر في ذلك
فاجاز المزارعه ولو ادت الي كرا الارض بما يخرج منها
وقوله فمتي كان جزء من البذر في مقابلة جزء من الارض
فسد • يعني فيلزم من اشتراط السلامة التي ذكرها انه متي
كان جزء من البذر عوضا عن الارض او عن جزء منها فان
المزارعة فاسدة لما تقرر في غير هذا الموضع من منع كرا الارض
بذلك ومن هذا ما ذكر سحنون وابن حبيب اذا اشترك اثنان

اخرج

اخرج احدهما الارض وثلث البذر على ان العمل على احدهما
وثلثي الزريعة لم يجز لان جزءا من الزريعه في مقابله جزء من
الارض وكذلك اذا اخرج احدهما ثلثي الارض وثلث
البذر واخرج الاخر ثلث الارض وثلثي البذر والعمل والزرع
بينهما نصفين قال سحنون وكانه اكري سدس ارضه بسدس
بذر صاحبه **وقوله** وفي ارض لا خطب لها قولان • لا يريد
انهما تساويا فاخرجا العمل والبذر وزاد صاحب البذر الارض
على ان الشركه بينهما على النصف فان هذا الفرع يذكر بعد هذا
وكلامه هنا لا يحتمله وانما يريد ما يمكن ان يستدل به
عليه في شرط السلامه وهو اذا اخرج احدهما العمل والارض
واخرج الاخر البذر فان الارض ان كان لها خطب لم يجز
وان كان ليس لها خطب ولا بال ففي ذلك قولان احدهما
الجواز بنا على ان ما لا خطب له لا يضر تطوع احدهما به في العقد
والقول الثاني وهو مذهب ابن عبدوس ان ذلك لا يغتفر
في هذا الموضع لما يودي اليه من كرا الارض بما يخرج منها
وانما يغتفر في شرط الاعتدال فلا يتحرم في هذا الشرط اذا تطاول
احدهما باليسير **وقوله** ويشترط ان يكون ما يقابلها معادلا
لكراها على المنصوص وقيل الا فيما لا خطب له • الضمير المنصوب
من قوله يقابلها والضمير المخفوض من قوله لكراها وكم يقل
انه تشترط المعادله بين مقابلها وبينها وان كان ذلك
هو الاصل واليه يوول كلامه زيادة تاكيد في طلب المساواه
لان المعادله على الوجه الذي ذكره ادل على اشتراط طلب
التقويم من الوجه الذي تركه فان **قلت** فهل يظهر فرق
بين قوله في الشرط الاول وشرطها السلامه وذكره ذلك
بلفظ المصدر وبين قوله ثانيا ويشترط ان يكون ما يقابلها

معادلا وذكره اياه بصيغة الفعل **وله** يحتمل ان يكون سبب
ذلك هو ان شرط صحة المزارعه التي تختص به عن انواع الشركة
انما هو السلامه مما ذكر واما المعادله والمساواة فمطلوبه في
ساير انواع الشركة فلذلك اضاف الشرط الاول الي المزارعة
لظهور الاضافه في الاختصاص ولم يفعل ذلك في الشرط الثاني
والله اعلم ولفظه وقيل باثر قوله المنصوص ليست بثابته في كل
النسخ واثباتها يوجب مقابله المنصوص بالمنصوص ونفي منا
العدد عنه مرارا قال سحنون وما روي عن مالك وغيره من
اصحابنا انه لا تجوز الشركة الا بالاعتدال فصواب لان سنة
الشركة التساوي فاذا خرجت عن ذلك خرجت عن حد ما ارخص
فيه منها وصارت اجارة فاسدة قال واما التفاضل الذي
يرجع فيه بعضهم علي بعض بكرايه ان يفضله بشي مفرد لا عوض
للاخر فيه فاما لو اعتدلا واخرج هذا الارض وهذا العمل وكرا
ذلك الارض فلم يكن بصف ارضه الا بنصف عمل الاخر وبقره
وقال بن حبيب وجه العمل في المزارعه ان يعتدلا فيما اخرجاه
من الزريعه وجميع ما يحتاجان اليه فان تفاضلا في ذلك فانظر
فان عقدا علي ان يعتدلا ويتكافيا جاز ما فضل به الاخر صاحبه
طوعا قل او كثر اذا اعتدلا في الزريعة ثم تفاضلا في غيرها
وسلما من ان يكون للارض كرا من الزريعه وقال سحنون
اذا صح العقد جاز ان يتفاضلا ولم يفرق بين زريعة ولا
غيرها وهذا الذي ذكرنا من الخلاف مغاير للقول الثاني
الذي ذكره المولف ان كان لفظ وقيل ثابتا **وقوله** فلو
كانت الارض منهما وتساويا في العمل او البذر من عند احدهما
ومقابله عمل بيد او به جاز خلافا لابن دينار وقيل يغتفر اليسير
منها وقيل والكثير في الثانيه . هاتان صورتان ذكرهما المولف

في البدل
مقابله عمل بيد او بقر
ولا زرع فيه لان العمل
ان كان الزرع له

كالتفريع علي ما تقدم وليستظهر بهما علي الخلاف الذي ذكر فيهما
فالصورة الاولي ان تخرجا معا الارض من عندهما بملك رقبه
او منفعة وكذلك البذر بينهما وهما متساويان في ذلك كله
بدليل قوله وتساويا في العمل ولا شك في جواز هذه الصورة الثانيه
ان يكون البذر من عند احدهما ومن عند الاخر العمل وهو مساو
للبذر والارض منهما وهما ايضا فيها متساويان وهذه الصورة
دون الصورة التي قبلها لانه لا يعلم في الاولي خلاف منصوص
في المذهب واما الثانيه ففيها اولا احدي الروايتين السابقتين
عن مالك حيث قال المولف والمشهور جوازها وان لم
يشتركا في الدواب والاله الا ان المولف جمع هنا بين هاتين
الصورتين واجاب عنهما بجواب واحد وهو الجواز وحكي فيه
خلاف بن دينار وظاهره ان الخلاف في الصورتين معا وانما
حكاه سحنون اعني خلاف بن دينار في الصورة الثانيه ولم
ينقل احد فيما رايته عن بن دينار خلافا في الصورة الاولي
ففي كلام المولف ما تراه من ايهام اعادة الخلاف الي الصورتين
وايضا فيتعذر ان يتاول له متاول قصر الخلاف علي الصورة
الثانيه كما نقلناه فليس في ذكر خلاف بن دينار هنا كبير
فايده سوى انه سمي الخلاف المخالف والا فقد كان يستغني
عن افادة الخلاف بقوله في صورة هذا الفصل والمشهور جوازها
وان لم يشتركا نعم لو ذكر هنالك السبب في منع المزارعه عند
مالك وهو انتفا الضمان لما اخرجاه كما قدمناه وذكر هنا
سبب المنع عند بن دينار وهو الفض المودي الي كرا الارض
بالبذر لكان حسنا كما فعل سحنون في المسلتين ولما ذكر
سحنون الصورة الثانيه والجواز فيها عن مالك قال باثره
ولم يجزه بن دينار وخالف فيه مالكا وجعله مثل عرض وذهب

بذهب قال سحنون هذا جائز بخلاف المواطله ولعل المولف لما راي
ان المانع عند بن دينار هو الغض المودي الي كرا الارض بالبذر وراي
نفي تقدير الغض في الصورة الاولى ممكنا حمله ذلك علي اعتقاد
خلاف بن دينار في الصورتين مع الكل اعتبار هذا المعنى وطرده
ما الغا من كثير من المسايل المتفق على جوازها في شركة العنين وغيرها
فان **قلت** مجيبا عن اصل السوال الوارد علي المولف في ايهامه مخالفة
بن دينار في الصورة الاولى ان في كلام المولف ما يزيل ذلك الايهام وهو
قوله وقيل لا يغتفر اليسير فيهما الا ترى ان قوله فيهما راجع الى الصورتين
معا وذلك علي خلاف بن دينار مقابل ولا تتم تلك المقابلة الا بان يكون
خلاف بن دينار في احدي الصورتين ولا معنى رجوع ذلك الخلاف
الي الاولى وحدها **قلت** انما اتى المولف بقوله فيهما لتتم المقابلة
بين هذا القول والقول الذي بعده وهو قوله وقيل والكثير في الثانية
معنى كلامه اذا ان في اغتفار الزيادة من احدهما في المسلتين ثلاثة
اقوال الاول عدم اغتفارها مطلقا يسيرة كانت او كثيرة
الثاني اغتفار اليسير فيهما الثالث اغتفار اليسير والكثير
في الثانية واغتفار اليسير وحده في الاولي وهذا الخلاف
شبيه بما قدمناه من الخلاف قبل هذا والفرق بين الاولى والثانية
عند من فرق بينهما هو ان الاولي دخلا فيها على حقيقة الشركة
دون مبايعة لاشتراكهما في كل ما يحتاج اليه في المزارعة
وذلك موجب لطلب الاعتدال بينهما فلا يغتفر لهما الا اليسير
الذي تدعو الضرورة اليه واما الصورة الثانية فقصدا معا
الي المبايعة فيما لم يشتركا فيه والمبايعة مظنة المغابنة ولا
يشترط فيها التساوي ولا يقال ان هذا الكلام يقتضي فساد
الشركة والغرض صحتها الا ترى ان البيع والشركة لا يجتمعان
علي اصل المذهب لانا نقول البيع الذي يفسد الشركة عندهم هو

الخارج

الخارج عن الشركة كما لو شاركه في زرع على ان باع له دارا او ثوبا
واما ما كان داخلا في الشركة كما لو شاركه في الحرث على ان
باع له نصف بقر الحراثة ونصف البذر والارض فان ذلك ليس
بمانع نص عليه في المدونة وقد قدمنا ذلك في كتاب الشركة
وقوله واما لو تبرع احدهما بعد العقد فجائز من غير شرط
ولا عادة كالشركة • يعني ان كلما قدمه مما يتبرع به احدهما لصاحبه
من قليل او كثير فانما ذلك في اصل العقد واما بعد عقد الشركة
فلا باس به لانه مجرد تطوع لا يقدح وجوده في رفع الاعتدال
الذي هو شرط في الشركة بخلاف ما كان من ذلك في العقد وهذا
صحيح على القول بان المزارعة لازمة بالعقد كالشركة واما على
القول بانها منحلة اما قبل العمل او قبل العمل وبعده فينبغي ان
يكون حكم ذلك حكم ما هو في نفس العقد قال سحنون اذا
صح العقد جاز ان يتفاضلا وكذلك لو سلف احدهما الاخر بعد
صحة العقد من غير واي ولا عادة قال الشيخ ابو محمد بن سحنون
لان الشركة تلزم بالتعاقد كالبيع وذكر بعض الشيوخ ان في
لزوم عقد المزارعة ثلاثة اقوال يفرق في الثالث بين الشروع
في العمل فتلزم الى منتهاها وبين عدم الشروع فلا يلزم **وقوله**
ولو كانت الارض من عند احدهما فالغاها وتساويا فيما عداها
لم يجز الا فيما لا خطب له على المنصوص • قد تقدم قبل هذا ان من
شرط الشركة المعادلة وتقدم الخلاف فيما اذا ادى ذلك الى
كرا الارض بالبذر في شي لا خطب له ومراده هنا انه اذا خرجا
عن المعادلة بان كانت الارض من عند احدهما ولا خطب لها ولا ينبغي
قصر ذلك على الارض وحدها بل هذا الحكم عام في كل ما تبرع به
احدهما على صاحبه قال في المدونة اذا كانت الارض لا خطب
لها في الكرا كارض المغرب وشبهها فيجوز ان يلغي كراها

اداه

وبخرجا ما لعبد ذلك بالسوية بينهما وقال سحنون في كتاب ابنه
لا يعجبني ان تلغى الارض بين المتزارعين وان لم يكن لها كرا ولو لا ان
مالكا قاله لكان غيره احب الي منه فان كان اراد المولف بمقابل
المنصوص قول سحنون هذا فليس بتخريج ولا بتصريح في الخلاف **وقوله**
فلو كانت الارض من عند احدهما مع جميع البدر او بعض البدر والعمل على
الاخر فان كان للعامل بنسبة بدره او اكثر جاز والا فلا. اشتمل
كلامه هنا على مسلتين احدهما ان تكون الارض والبدر كلاهما من
عند واحد على الاخر وحكى في هذه الصورة الجواز وحكى اللخمي فيها
عن سحنون الجواز وعن محمد وابن حبيب المنع وهذه هي مسلة الخماس
ببلادنا وقد قال فيها ابن رشد ان كانا عقداها بلفظ الشركة
جاز بلا خلاف وان كانا بلفظ الاجارة امتنع بلا خلاف وان كان
العقد عريا من اللفظتين فاجاز ذلك ابن القسم ومنعه سحنون
وراى ان هذا تحقيق نقل المذهب في ذلك والمسلة الثانية التي اشتمل
عليها كلام المولف ايضا ان تكون من عند احدهما الارض وبعض البدر
ومن عند الاخر العمل مع بقية البدر فهذه الصورة ايضا جايزة بشرط
ان يكون لصاحب العمل من بدر صاحب الارض بنسبة بدره فاكثر
فاما النسبة بدره فكما اذا اخرج كل واحد منهما نصف البدر واما الاكثر
فكما اذا كان على صاحب الارض ثلثا البدر وعلى صاحب العمل ثلثه
وذلك انه يكون ثلث البدر مما اخرجه رب الارض في مقابلة
ما اخرجه العامل من البدر وهو الثلث ويبقى في جانب صاحب
الارض ثلث البدر مع جميع الارض مقابلا لعمل العامل بخلاف
العكس اذا كان ثلثا البدر في جانب مخرج العمل فانه يكون
احد الثلثين من البدر مقابلا للثلث الذي اخرجه رب الارض
ويبقى في جانب العامل العمل وثلث البدر وكلاهما مقابل للارض فذلك
كرا الارض بما يخرج منها فمراد المولف بقوله فان كان للعامل

نسبة بدره فاكثر جاز اي فان كان للعامل من البدر نسبة بذره
فاكثر لا انه يخرج من البدر نسبة بذر رب الارض فاكثر لانه اذا
كان ذلك لكثر ادي الي ما قلناه من الفساد ويكون على ما فسرنا
به كلامه الضمير المخفوض الذي اضيف اليه بدر عايدا على العامل لا على
رب الارض وقد يقع في بعض النسخ عوض قوله فان كان للعامل فان كان
العمل ولا يظهر له كبير معنى الا على تكليف وقد قدمنا قبل هذا معنى
هذه المسلة الثانية التي ذكرها المولف هنا **وقوله** والعمل المشترط
هو الحرث لا الحصاد والدراس على الاصح لانه مجهول وعن ابن القسم
في الحصاد والدراس. القول بالمنع لسحنون والقول بالاجازة هو
من رواية حسين بن عاصم عن ابن القسم كما ذكر المولف وما احتج
به سحنون من الجهالة ظاهر باعتبار الدراس وفيه نظر باعتبار
الحصاد الا ان عقد الشركة لا بد فيه من مسامحة في الغرر
وليس هو في العمل مثل عقد الاجارة وزاد في رواية حسين ذكر
نقل نصيب رب الارض والبدر على العامل وهكذا ينبغي ان
يجوز شرط نقا الزرع على العامل عند من اجاز شرط الحصاد
والدراس فهو اقرب الي الجواز من نقل نصيب صاحب الارض
وقوله والبدر المشترك شرطه الخلط كالمال يريد بالمشترك
ان يكون كل واحد منهما شرط على صاحبه اخراج حظه من
البدر وقد يقال انه لا معنى لهذا الوصف لان البدر اذا كان
من عند احدهما لم يتات فيه شركة فيطلب فيه شرط الخلط
او لا يطلب فان **قلت** ما الذي افاده تشبيهه بالمال قلت
هو ما قدمه في كتاب الشركة بالمالين حيث قال ولا بد من
خلط المالين تحت ايديهما او احدهما فانه هناك لا يريد بذلك
الخلط ما يتبادر الي الذهن من جعلهما في وعا واحد بحيث لا يتميز
كل واحد منهما عن الاخر وانما يريد ما هو اعم من هذا ومن جعلهما

في بيت متميزين فهذا القدر كافٍ في حصول ذلك الشرط حتى يكون
الضمان فيهما معًا من الشريكين فلو لم يعل المولف في مسلة البذر هذه
كالمال لتبادر الي الذهن الوجه الاول من هذين الوجهين وهو ان
يكونا بحيث لا يتميز احدهما عن صاحبه حتى قال في كتاب بن سحنون
انه يكفي في ذلك حمل البذرين الي الفدان وسكت المولف عن قول
بن القسم في هذه المسلة الشركة جايزة خلطا او لم يخلطا على
ماحكاه عنه بعض القرويين واظن ذلك لاحتماله جواز الاقدام
على ذلك ابتدأً او انه ممنوع اولا لكن اذا وقع مضى وهو الظاهر
من تفريعه **وقوله** فان اخرجاه معا وبذراه فقيل كالخلط
وقيل ان علمت النواحي فلكل واحدٍ نبت بذره ويتراجعان
في الاكريه والعمل • يعني فان اخرج كل واحدٍ منهما نصيبه
من البذر وزرعه في فدان فغي مطلق الاخراج حصلت المعيه
لانهما اوصلاه معا الي الفدان في وقت واحدٍ فانهما لو فعلا
ذلك لصحت الشركة على ماقلناه الآن عن بن سحنون فاذا زرع
كل واحدٍ ناحيةً ببذره فقيل الشركة بينهما ثابته وهو معنى
قول المولف فقيل كالخلط وتصور القول الثاني ظاهر **وقوله**
وعلى الصحه لو لم ينبت بذر احدهما فان غر لم يحتسب بمثله وعليه
مثل نصف النابت وان لم يغر فعلى كل مثل نصف بذر الاخر
والزرع بينهما فيهما • يريد اذا فرعنا على القول الاول بصحة
الشركة فنبت بذر احدهما ولم ينبت بذر الاخر ولا يخلوا اما ان
يكون من اخرج البذر الذي لم ينبت غارًّا او غير غارٍ
فان كان غارًّا في ذلك فعليه مثل نصف النابت لصاحبه
ولا عوض له في بذره الذي لم ينبت وان لم يغره فعلى الذي
لم ينبت بذره مثل نصف بذر النابت وعلى الذي نبت بذره
مثل نصف بذر الذي لم ينبت وهذا هو معنى قول المولف فعلى

كل

كل واحدٍ منهما نصف بذر الاخر ثم يكون الزرع بينهما في الوجهين
معًا ويستوي في ذلك الغرور وعدمه وهو مراد المولف بقوله
فيهما وسكت في الروايه عن رجوع المغرور على الغارّ بقيمة
نصف العمل فيما لم ينبت ان كان العمل على المغرور وينبغي
ان يكون له الرجوع بذلك لانه غرور بالفعل والله اعلم قيل
هذا كله اذا لم يعثر على ذلك الا بعد انقضا ابان الزراعه
ولو علم ذلك في ابان الزراعه فقد غر هذا صاحبه فالضمان
من الغار وعليه ان يخرج مكيلتها من زريعة تنبت فيزرعها
في ذلك القليب وهما على شركتهما ولا غرم على الاخر للغار وان
لم يكن غرّه فليخرجا جميعا قفيزًا اخر فيزرعاه في القليب
ان احبّا وهما على شركتهما قال بن سحنون عن ابيه انه لا يجوز
في الزراعه ان يخرج هذا قمحا وهذا شعيرًا او سلتا او صنفين
من القطنيه يخرج كل واحدٍ صنفًا ولعتدلان فيما بعد ذلك
فان نزل ذلك فلكل واحدٍ ما انبت بذره ويتراجعان
في الاكريه وقد قال بعد ذلك تجوز الشركه بان يخرج هذا
قمحا وهذا شعيرًا في المزارعه وفي شركة التجارة اذا اعتدلت
القيمه وبالدنانير والدراهم **وقوله** وفي الفاسدة ان تكافيا
في العمل فبينهما ويتراجعان غيره وان كان البذر من
احدهما مع العمل فالزرع له وعليه الاجرة • لما انقضى الكلام
على حكم المزارعه الصحيحة اتبعه بالكلام على الفاسدة فحكى
فيها طريقين احداهما تفصيليه والثانيه اجماليه وقد علمت
شروط الصحة مما تقدم وان المتوقف على شروط ينعدم بعدم
بانعدام ذلك الشرط او بانعدام جزءٍ من اجزايه كما ينعدم
بانعدام السبب او بانعدام جز من اجزايه او بقيام مانع
فلذلك كثرت صورة المزارعه الفاسدة واختلفت احكامها

ورجحت الطريقه الاولي علي الثانيه وابتدا المولف بذكرها واتي
بثلاث صور الصورة الاولي ذكر فيها التكافو في العمل وهذه الصورة
وان كان كلامه قابلا فيها لامور فالمتبادر الي الذهن منها ان
يكون لاحدهما الارض وللاخر البذر والعمل بينهما وقد علمت ان
فساد هذا الوجه انما جا من اختلال شرط السلامة من كرا الارض
بالبذر فاذا وقعت هذه الصورة فان عثر عليها قبل العمل وكذلك
كل صورة فاسدة في هذا الباب فانها تفسخ وان لم يعثر عليها
حتى فاتت بالعمل فقال المولف يكون الزرع بينهما وهو مراده
بقوله فبينهما ويكون علي كل واحد منهما نصف ما اخرجه صاحبه
منفردا فيكون علي دافع البذر نصف كرا الارض وعلي دافع
الارض نصف البذر وهذا مراده بقوله ويتراجعان غيره
فالضمير المخفوض باضافته غير راجع الي العمل وهذا هو معنى كلام
ابن القسم ومالك فيما ذكره ابن المواز وظاهر كلام ابن حبيب انه يكون
الزرع لصاحب البذر وحده ويكون لصاحب الارض كرا
ارضه وقيمة نصف العمل قال ابن حبيب واصل هذا ان كل
متزارعين علي معادلة وقع في مزارعتهما كرا الارض بالبذر
فافسخه واجعل الزرع لرب البذر وكل متزارعين علي غير
معادلة سلما من كرا الارض بشي من البذر فاجعل الزرع بينهما
نصفين ويتراجعان في الفضل فيما سوي ذلك الصوره الثانيه
من الصور الثلاث التي ذكرها المولف ان يكون البذر
من عند احدهما مع العمل ويكون من عند الاخر الارض وفسدت
هذه بالوجه الذي فسدت به التي قبلها فقال يكون الزرع
لصاحب البذر وعليه للاخر كرا الارض ولم يذكر فيها
خلافا لانه قد صار صاحب البذر والعمل حايزا لما اخرج
الاخر وهو الارض وكالمكتري ذلك كرا فاسدا فعليه قيمته

قال

قال ابن حبيب ولو اشتركا فاخرج احدهما الارض والعمل علي الاخر
وجميع البذر علي ان له نصفه علي رب الارض لم يجز شرط السلف
فان وقع فالزرع بينهما نصفين لانهما ضمنا الزريعه وتكافيا في العمل
وكرا الارض ويرجع مخرج الزريعه بنصفها معجلا علي الاخر
ونحوه لابن القسم وقال سحنون الزرع لمسلف الزريعه وعليه
كرا الارض قبض رب الارض حصته من الزريعه او لم يقبض
اذا وقعت الشركه علي شرط السلف الا ان يكون اسلفه
علي غير شرط بعد صحة العقد **وقوله** وان كان البذر فقط
من المالك او من اجنبي فقال ابن القسم الزرع للعامل وقال
سحنون الزرع لرب البذر ثم يغرمان ما يلزمهما من مكيله
البذر واجرة الارض والعمل • هذه هي الصورة الثالثه وكلامه
يدل انها تقع علي وجهين احدهما ان يكون البذر والارض
من عند احدهما ومن عند الاخر العمل فان قلت كيف جعلت
الارض من عند صاحب البذر مع انه قال البذر فقط **قلت**
لقوله من المالك وذلك يستدعي مملوكا ووصف الارض بانها
مملوكه اولي من وصف العمل بذلك **الوجه** الثاني ان
يكون ثلاثة البذر من عند احدهم ومن عند الثاني الارض ومن
عند الثالث العمل ثم ان المولف جمع الوجهين واجاب عنهما
بجواب واحد فقال عن ابن القسم ان الزرع يكون للعامل
وحده يريد وعليه في الوجه الاول مثل البذر وكرا
الارض لمخرجها وعليه في الوجه الثاني كذلك لصاحبه
وقال عن سحنون الزرع لرب البذر يريد ويكون
عليه في الوجه الاول كرا العمل لمتوليه وعليه في الوجه
الثاني كرا الارض لربها وقيمة العمل لمتوليه الا ان
هذا لا ينطبق عليه قول المولف ثم يغرمان الي اخره لان الذي

وجدنا في النسخ انما هو بقومان من المقوم ولعله بقومان من العزوم
ويكون كلام سحنون قد انقضى بقوله لرب الارض ثم تعرض المولف
بعد ذلك لما يلزم كل واحد منهما على كل قول ولكنه جمع ذلك
في كلام واحد ومراده به ما فسرناه فلا تبعد هذا ظاهر كلام المولف
بحسب ما فهمته ولست على وثوق من صحته فقها ولا نقلا قال
سحنون وان اخرج احدهما الارض والبذر واخرج الاخر العمل
وقيمة ذلك مثل كرا الارض والبذر جاز ذلك ولم يجزه ابن
حبيب قال فان نزل ذلك فالزرع لصاحب الارض
والبذر والبقر عليه للاخر قيمة عمله وكانه اجره بنصف ما
تنبته ارضه ولو قال له تزارع على ان تجعل نصف ما تخرج
من ارض وبذر وبقر كرا لنصف عملك فقد اخطا وجه العمل
ويكون الزرع بينهما نصفين ويتراجعان في الفضل لان
هذا قد قبض نصف الارض في اجرته وضمنه والاول لم ياخذ
شيئا وقال ابن سحنون اذا اشترك ثلاثة اخرج احدهم الارض
ونصف البذر والاخر نصف البذر فقط والثالث البقر والعمل
على ان الزرع بينهم اثلاثا لم يجز فان نزل فالزرع على مذهب
ابن القسم بين العامل ورب الارض ويغرمان لمخرج نصف البذر
مكيلة بذره ومذهب سحنون ان الزرع لصاحبي الزريعة
وعليهما كرا الارض والعمل وقال ابن حبيب قد اخطوا
ويصير الزرع بينهم اثلاثا والذي ذكره ابن المواز على اصل
ابن القسم ان الزرع لمن ولي العمل اذا سلمت اليه الارض ويودي
مثل البذر لمخرجه وكرا الارض لربها فهذا هو الذي وجدته
منقولا للمتقدمين مقابلة بكلام المولف **وقوله** وقال الباجي
في الفاسدة ستة اقوال الاول لصاحب البذر الثاني للعامل
الثالث لمن له اثنان من الارض والبذر والعمل الرابع لمن له الارض

والبقر

والبقر والعمل الخامس من له الاربعة السادس ان سلمت من كرائها
بما يخرج منها فعلى ما شرطوه والا فلصاحب البذر لا نعرف نسبة
هذه الاقوال الى الباجي وناقلها القاضي ابن رشد ابو الوليد محمد
ابن احمد هكذا ذكرها في المقدمات وعنه نقلها ابن شاس
وجرى في ذلك على عادته في تحليته بالشيخ ابي الوليد واذا نقل
عن الباجي يقول قال القاضي ابو الوليد وقد قدمنا للمولف هذا
والطنه في القراض ويريد في القول الاول ان صاحب البذر
يغرم لصاحب العمل والارض كرا ما انتفع به وكذلك يغرم
في القول الثاني العامل مثل البذر لصاحبه وكرا الارض
ثم كذلك بقية الاقوال وعلى القول الثالث فلو كانوا ثلاثة
واجتمع لكل واحد شيئان من الثلاثة او انفرد كل واحد منهم
بشيء واحد منها لكان الزرع بينهم اثلاثا وفي نقل المولف للقول
الرابع تغيير لانه جعل الزرع لمن اجتمع له الثلاثة التي ذكرها وهي
في الموضع الذي نقل منه وهو كلام ابن شاس وكذلك هو
في المقدمات لمن اجتمع له اثنان من ثلاثة الارض والبقر
والعمل ولا فرق بين هذا القول وبين القول الذي قبله سوى
ان احد الثلاثة هنا البقر واحد الثلاثة في الذي قبله البذر
وكذلك وقع التغيير في نقله للقول الخامس عن الكتابين
المذكورين فان الذي فيهما هو ان من اجتمع له شيئان من اربعة
وهي الارض والبذر والبقر والعمل والمولف جعل الزرع لمن
حصل له مجموع الاربعة ولعله من تغيير النقلة عن المولف
ولولا الذي ذكرناه لكان كلامه متصورا اما اولا فلان
الاربعة لم يجر لها ذكر في كلامه حتى يحيل عليها واما ثانيا
فلان من اجتمعت له فقد حصلت له اصول المزارعة اذ لا اصل
لها غير هذه الاربعة فمن هو الذي يسقط حقه ويحرم من

وانما ... الرابع والقول الخامس ... انما صورة اه

الزرع لانا نجيب عن الاول بان الاربعة قد جرى ذكرها في مجموع القول الاول والرابع وكذلك في مجموع القول الثالث والرابع اذا حرف المطور تتكون الالف واللام للعهد ونجيب عن الثاني بان حصول مجموع هذه الاربعة لاحدهما او لاحدهم لا يلزم ان يكون كل واحد من تلك الاربعة حاصلا له بكماله اذ من الجايزات يكون معه شريك في كل واحد منها او في بعضها واما القول السادس فهو لابن حبيب وقد مر منا معناه ومعنى قوله هنا ان سلمت من كراهما مما يخرج منها فعلى ما شرطوه اي بعد تراجعهم وتعادلهم فيما اخرجوه ولهذا تكون الشركة فاسدة عنده لانه نوع من الفسخ في قسميها معا ولولا ذلك لكانت في القسم الاول مكروهة وفي الثاني محرمة ولا خفا بكثرة صورة المزارعة الفاسدة ولان مجموع هذه الاقوال الستة لا يمكن حصوله في كل صورة من تلك الصور **وقوله الاجارة** قال الجوهري الاجر الثواب تقول اجره الله ياجره اجرا وكذلك اجره الله ايجارا واجر فلان خمسة من ولده اي ماتوا فصاروا اجرا والاجرة الكرا تقول استاجرت الرجل فهو ياجرني ثماني حجج اي يصير اجيري وجمهور الامة على جوازها وظواهر الكتاب مع نصوص السنة تدل على صحتها قال سبحانه وتعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وقال تعالى ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا وقال على ان تاجرني ثماني حجج الى غير ذلك من الآي ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وقال اوفوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه والاحاديث في هذا كثيرة وقد تقدمت احاديث المساقاة وخالف فيها قليل نسب بعضهم الى البدعة وقد تقدم السبب في ترك المولف رسمها **وقوله**

جنبه

كالبيع فيما يحل ويحرم • تعقب عليه هذا التشبيه لانه ان اراد ان كل ما يحل في البيع او يحرم يحل في الاجارة او يحرم فليس كذلك وهذا يعلمه من له ادنى مشاركة في الفقه ولولا المخالفة التي بين البيع والاجارة لا يستغني باحدهما عن الاخر في الفقه **واجيب** عن هذا بان مقصوده بهذا الكلام الخصوص وان كان ظاهره العموم وان التشبيه انما يقع على عوض المنفعة مع عوض المبيع **ورد** هذا الجواب بانه كان يلزم عليه التكرار لو اراده المولف الا ترى الى قوله بعد هذا الاجرة كالثمن **وقوله** الاول العاقدان كالمتبايعين • يعني ان للاجارة اركانا الاول منها العاقدان وتشبيهه اياهما بالمتبايعين يحتمل ان يريد به في التمييز والرشد واستثنا السكران في قول كما قدمه في البيوع لا في الزيادة على ذلك من الشروط المذكورة في البيع وقد وقع في المذهب ان للسفيه البالغ ان يواجر نفسه ووقع ايضا لمطرف وابن الماجشون لا باس ان يستاجر الرجل الغلام لم يبلغ الحلم والجارية لم تحض من نفسهما اذا عقلا وكان ما فعلا نظرا او يدفع اجارتهما اليهما ويبرا بذلك الدافع ما لم يكن شيا له بال وما كان في اجارتهما من محاباة فعلى المستاجر تمامها كان معهما ولي او لا وكذلك اذا عقد عليهما اخ او عم يجوز من ذلك ما يجوز اذا عقداه ويبرا بذلك اذا كان الولي مامونا ولو كان وليا من الامام كان احب الينا وقاله ابن عبد الحكم واصبغ ولا يواجر الا المامون **وقوله** الاجرة كالثمن هذا هو الركن الثاني • وهو عوض المنفعة ونسبتها من هذا العقد نسبة الثمن من البيع ولما قدم تشبيه العاقدين في الاجارة بالمتبايعين واراد انه يشترط فيهما من الرشد ما يشترط في المتبايعين شبه هنا ايضا الاجرة بالثمن في البيع وقد ذكر في البيع ان المعقود عليه لا بد ان يكون طاهرا

جارة

منتفعا به معقودا على تسليمه معلوما ومثل ذلك مشترط في الاجرة
نصا عند الجمهور وقد اجاز جماعة من العلما الجهالة في الاجرة اعتمادا
منهم على ان المساقاة والقراض اجارة والعوض فيهما مجهول وراي
الجمهور ان هذين العقدين رخص فيهما الشرع للحاجة اليهما فلا يلحق
بهما غيرهما مع ان ظاهر الحديث الذي قدمناه من قوله صلى الله
عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره يدل على مخالفة هذا
العقد للقراض والمساقاة فان قلت كلام المولف دال على ان
كل ما يصح ان يكون ثمنا في البيع فانه يصح ان يكون اجرة وهذه
الكلية منقوضة بالطعام وشبهه مما لا يصح ان يكون ويصح ان
يكون ثمنا في البيع قلت مراد المولف هنا بالتشبيه ان كل
ما هو صالح للثمنية من حيث هو هو في البيع فهو صالح لان يكون
عوضا في الاجارة الا ان يعرض لذلك مانع من الموانع وهذا
كما لا يصح النقض في المعقود عليه في البيع اذا اجتمعت فيه الاوصاف
السابقة بان يقال انه لا يصح ان يكون عوضا في بيع شا[ء] كالرطب
بالتمر وشبه ذلك من العوارض التي تعرض له فكذلك لا يصح نقض
كلية الاجارة بما ذكره السايل اذ اعرض لهما مانع ما على ان مسلة
كرا الارض ترجع عند من منعها اما الى الربا واما الى المزابنة
على ما هو معلوم في موضعه وقوله ولا يتعجل الا بشرط او عادة
الا ان يكون عوضا معينا او على اجارة مضمونة يعني انه لا يلزم
تعجيل الاجرة فعبر بنفي التعجيل عن نفي لزومه واستثنى منه
ان يكون هناك شرط او عادة تدل على التعجيل فيلزم حينيذ
عملا بالشرط او بدلالة العادة القايمة مقام الشرط ثم استثنى
من اصل الكلام امرين اخرين يجب فيهما التعجيل احدهما ان يكون
العوض في الاجارة عوضا معينا لانه لو لم يتعجل هذا العوض
لادى الى فساد العقد لما يلزم عليه من بيع معين يتاخر قبضه

وهو باطل

كراحلة

وهو باطل الثاني ان تكون المنفعة المعقود عليها مضمونة في
ذمة دافعها للتعبير عنها فيجب حينيذ تعجيل الاجرة والا وقعنا
في بيع الكالي بالكالي والحاصل ان لزوم تعجيل الاجرة اتاني
الاستثنا الاول من قبل الشرط لفظا او عادة واتاني الاستثنا
الثاني من قبل الشرط الشرعي فان قلت فعلى هذا التقدير كان
حقه ان يعطف العوض المعين والاجارة المضمونة على ما قبلهما
لان لزوم التعجيل انما اتى من جهة الشرط لا من مطلق العقد قلت
لو عطفهما لكان لا يلزم التعجيل في العوض المعين وما بعده الا
بشرط وليس كذلك فان ما اشتمل عليه الاستثنا الثاني يلزم فيه
التعجيل مع اطلاق العقد لاجل ان اللزوم فيه شرعي وهذا هو
شان ما يكون مشروطا شرعا فان الحقيقة الشرعية تستلزمه
بخلاف ما لا يكون لازما الا باختيار المكلف فلا بد من التعرض
له بالشرط والاسقط وقد مضى لنا في قولنا ان الراحلة غير
المعينة والكرا المضمون كالسلم يلزم تقديم العوض فيه والا دخله
بيع الدين بالدين هذا هو الاصل الا ان ملكا اختلف قوله في
مسلة بسبب ضرورة عارضة فيها وذلك ان ابن المواز حكى
عنه فيمن تكارى كرا مضمونا الى اجل مثل الحج في غير ابانه قال
فلا يجوز ان يتاخر النقد ولكن يعجل مثل الدينارين ونحوهما
وكان يقول لا ينبغي الا ان ينقد مثل ثلثي الكرا في مثل هذا
المضمون الى اجل ثم رجع فقال قد اقتطع الاكريا اموال
الناس فلا باس ان يؤخروهم بالنقد ويعربوهم الدينار
وشبهه قال الشيخ ابو محمد بن ابي زيد ولو كان مضمونا بغير اجل
وشرع في الركوب جاز بغير نقد لان قبضا واول الركوب
كقبض جميعه اذ هو اكثر المقدور عليه في قبضه فعلى تفسير الشيخ
ابي محمد لا يلزم تعجيل النقد في مسلة المولف اذا شرع الاجير في

العمل وانما يلزم اذا كان العمل لم يشرع فيه وهو موجل وقوله ومنافع
العين كالعين • يعني ان حكم منافع المعينات في كونها عوضا في الاجارة
حكم العين ومراده بالعين المعين لانه لما اضاف المنافع الى العين
صار ذلك قرينة تشبه مقابلة المنافع بالعين وهو لو قابل المنافع بالعين
لما فهم من العين الا الذات فكذلك مع الاضافة والله اعلم وقوله ولذلك
جاز سكنى بسكنى واولها متفق ومختلف • لما قرر ان منافع العين
تشبه العين ولم يبين في اي شي ذلك التشبيه ذكر هذا
الفرع ليتبين به الوجه الذي وقع التشبيه فيه على انه اتى به كالتتمة
لما قدمه والامر في ذلك قريب فاخبر ان اكترا دار للسكنى بسكنى
دار اخرى جايز سوا كان اول سكنى الدارين متفقا كما لو ابتداهما
من يوم العقد او بعده بشهر او مختلفا كما لو كان اول احدهما بعد
العقد واول الاخرى انقضا شهر من ذلك اليوم الى غير ذلك
من الامثله ولو اتى بالمثال في غير السكنى لكان احسن لان الربع
يصح بيعه على ان يقبض بعد اجل طويل ولا يدخله بيع معين
يتاخر قبضه فكذلك منافعه ولا يكون ايضا الا معينا في
جميع احواله ولا يكون مضمونا ومنافعه في ذلك تابعة لاعيانه
والرقيق والدواب وغيرها تكون معينة ومضمونة ولا يجوز
بيعها على ان تقبض بعد اجل طويل ومنافعها ايضا تابعة
لاعيانها في الضمان والتعيين والتعجيل والتاجيل فجعلها
مثالا لهذه المسئلة اتم فايدة لقبولها الصحة والفساد ولعداد
المسايل وقوله فان لم يكن شرط ولا عادة اخذ مياومة •
يعني فاذا عدم ما استثناه اولا من الشرط والعادة اخذ مناب
كل يوم باخره ولا معنى للاقتصار على ما استثناه اولا لان
ما استثناه ثانيا بمنزلة الا ان يكون عوضا معينا او اجارة
مضمونة يشارك الاستثنا الاول من ذلك ويحتمل ان يقال

انما اعرض عن التنبيه على انتفا الاستثنا الثاني لان معنى الاستثنا
الاول يمكن تصويره في هذا الفرع من اخذ مناب كل يوم باخره
ولا يتصور مثل ذلك في الاستثنا الثاني لان العرض المعين لا يتاتى
اخذ مناب كل يوم منه الا باعتبار كله وشبه ذلك من التكليف
وتامل قوله مياومة وهو كلام ابن القصار هل المراد حقيقته
او مراده مهما سار شيا او سكن شيا اخذ حسابه وكلام المولف
بظاهره يتناول الصانع بل الاجرة حقيقة في العرف مقصورة
عليها والمذهب ان الصانع لا يستحق الاجرة عند الاطلاق الا بتمام
العمل ثم خرج بعض الشيوخ على قول ابن المواز في الصانع يضمن
المصنوع بصنعته وياخذ الاجرة كاملها ان يكون حكمه عند
التنازع في قبض الاجرة حكم مكري الراحلة مهما عمل شيا
من الصنعة اخذ بحساب ما عمل وقوله فان كان على عوض
معين والعرف التاخير فقال ابن القسم يفسد العقد وقال
غيره يصح ويعجل بنا على ان الاطلاق يحمل على العرف المودي
الى فساد ام لا • معنى هذا الكلام ان الكرا اذا انعقد على
شي من العروض المعينة وكان عرف البلد عندهم تاخير
العوض فاختلف ابن القسم وغيره في فساد عقد هذه الاجارة
فراي ابن القسم ان الحكم فساد العقد لان الفرض ان العرف
التاخير وهو مستلزم لبيع معين يتاخر قبضه والعرف عنده
مقيد للمطلقات سوا اقتضا نوعا من الصحة او الفساد وراي
غيره ان العرف لا اثر له الا في تعيين احد الوجهين الصحيحين
ولا يتعدى الى تعيين الوجه الفاسد لان الفساد موجب
لحل العقد والفرض ان المتعاقدين اتفقا على ابرامه وكلام
المولف ظاهر في قصر الخلاف على ما اذا كان العرف
التاخير وظاهر المدونة تعدية الخلاف الا اذا لم يكن هناك

عرف منضبط بل كان الكرا عندهم بالنقد وبالتاخير قال ابن
القسم في المدونة ومن اكتري دابه لركوب اوحمل اواكترى دارًا
او استاجر اجيرًا الشيءَ بعينه من عرض اوحيوان اوطعام فتشاحا
في النقد ولم يشترطا شيئًا فان كانت سنة الكرا بالبلد على النقد
جاز وقضي بنقدها وان لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز الكرا وان
عجلت هذه الاشيا الا ان يشترط النقد في العقد كما لا يجوز بيع
ثوب اوحيوان بعينه علي ان يقبض الي شهر ويفسخ ذلك فان قلت
كلامه في المدونة وان كان ظاهرا فيما قلتم الا انه يتقيد بالتشبيه
الذي ذكر في اخر كلامه الاتراه قال كما لا يجوز بيع ثوب اوحيوان
بعينه علي ان يقبض الي شهر وانما يتم هذا التشبيه اذا كان
العرف التاخير **قلت** قد يكون شبهه احد وجهي المسلة وهو
الذي الفساد فيه ظاهر الفساد في الوجه الثاني لاحتماله
الصحة والفساد عنده وكلما هو عنده على هذا الوجه من الاحتمال
فهو لاحق بالوجه الذي قبله علي انه في المدونة قال بعد ذلك
ومن اكترى الي مكة بعرض اوطعام بعينه اودنانير معينه
والكرا عندهم ليس علي النقد فقال المكتري انا اعجل الدنانير
والعروض والطعام ولا افسخ الكرا فلا بد من فسخه لفساد
العقد وقال غيره مثله الا في الدنانير فانه جايز عنده
فانظر قوله والكرا عندهم ليس علي النقد فانه يشمل الوجهين
اذا كان العرف التاخير او لم يكن هناك عرف ولعل
البرادعي انما كرر المسلة لهذا المعني وهي ان هذا الكلام
اظهر من الذي قبله ولا يقال انه كررها لاجل ذكر
الدنانير في هذه دون الاولي لان قبل هذا الكلام بليه قال
ابن القسم ومن اكتري ما ذكرنا بدنانير معينه ثم تشاحا
في النقد فان الكرا بالنقد قضي بنقدها والا لم يجز الكرا

لكان

الا ان يشترط تعجيلها كقول مالك فيمن ابتاع سلعة بدنانير ببلد
اخر عند قاض وغيره فان شرط ضمانها ان تلفت جاز والا لم
يجز البيع فاري ان كان الكرا لا ينقد في مثله فلا يجوز الا ان
يشترط في الدنانير ان تلفت فعليه مثلها ولا يجوز اشتراط مثل
هذا في طعام او عرض في بيع ولا كرا لانه مما يباع بعينه فلا يدري
المبتاع اي الصفقتين ابتاع ولا يراد من المال عينه وقال غيره في الدنانير
هو جايز وان تلفت فعليه الضمان وهذه المسلة لها فروع وتعلق
لها من الكلام اكثر من هذا ومحل ذلك المدونه وظهر مما جلبناه
منها ان حكم الدنانير في ذلك حكم العروض فان كان كلام المولف
بالرا من قوله على عرض معين ففيه قصور عن المدونه وان كان
بالواو فكلامه موافق لها من هذا الوجه والله اعلم **وقوله** ولو
استاجر السلاخ بالجلد والنساج بجزء من الثوب والطحان
بالنخالة لم يجز **ظاهر كلامه في الجلد انه لا فرق بين ان تكون
الشاة حية او مذبوحة وهو كذلك ولعله انما منع من ذلك
لانه لا يستحقه السلاخ عنده الا بعد السلخ ولا يدري كيف يخرج
هل يخرج سليما من القطع اولا وفي اي جهة يكون القطع فيه ان
كان وذلك غرر لاختلاف الاغراض فيه باختلاف هذه الصفات
والا فقد نص في سماع عيسى علي كراهة بيع جلود الخرفان علي ظهورها
وذلك والله اعلم لان المشتري قد ملكها قبل السلخ ويكون
السلخ عليه وعلي البايع نعم واستقري من المدونه جوازه حيث
اجاز بيع السباع حية لاخذ جلودها ولحمها الا يوكل عنده
فان قلت لعله انما اجاز بيع السباع لان لحمها مكروه
عنده والمكروه قد يجوز بيعه **قلت** لو اراد هذا لكره بيعها
لان اللحم حينيذ جزء الصفقه وقد صرح بالجواز وايضا فقوله
يجوز بيعها لاخذ جلودها كالنص علي ان المعاوضة انما وقعت

علي الجلود والله اعلم واما مسلة النسج فمنعها في المدونة للغرر قال
مالك فيها وان واجرته علي دبغ جلود او عملها او نسج ثوب علي ان
له نصف ذلك اذا فرغ لم تجز قال بن القسم لانه لا يدري كيف يخرج
ولان مالكا قال ما لا يجوز بيعه لا يجوز ان يستاجر به قال اصبغ
فان نزل ذلك فله اجر عمله والثوب والجلود لربها يريد اصبغ لانه
لم يجعل له النصف الا بعد الفراغ من العمل فعلي هذا ان فاتت الجلود
بيد الصانع بعد الدباغ فله نصفها بقيمتها يوم خرجت من الدباغ
ولربها النصف الاخر وعليه اجرة المثل في دباغ الجميع اما لو دفع
اليه نصف الجلد قبل الدبغ علي ان يدبغها مجتمعة فاتها بالدباغ
فله نصفها بقيمتها يوم قبضها وله اجر عمله في نصفها للتحجير في
نصف الدباغ وهذا بين واشار بعض الشيوخ الي انه يختلف في
ضمان الصانع لنصفها في هذا الوجه الاخير اذا شرع في دباغها
ويختلف في فواتها بالشروع ايضا لان قبضه لها حينيذ ليس
بقبض حقيقي لكونه غير متمكن من الانتفاع بما قبضه واما
مسلة الطحن بالنخالة فانما امتنعت للجهل بقدرها لانه كالجزاف
غير المرئي وبيعه كذلك لا يجوز ولو كان كيلا بان يقول اطحنه
ولك صاع من نخالته فيحتمل ان يتخرج علي الخلاف في الفرع الذي
بعده ويحتمل الجواز علي القولين لان صفة الدقيق قد تختلف ولا
تختلف صفة النخالة غالبا والنفس اميل الي المساواة بين الدقيق
والنخالة لان من الطحين ما تخرج نخالته لبيرة الاجزا ومنه ما تخرج
كذلك **وقوله** وفي صاع دقيق منه قولان. يعني ان
المذهب اختلف علي قولين في جواز الاستيجار علي طحن قمح معين
بصاع دقيق منه والقول بجواز ذلك هو قول بن القسم في المدونة
وبن حبيب والقول بالمنع مذهب بن القسم في كتاب بن حبيب وقاله
بن المواز ايضا قال اللخمي ولا وجه للمنع وكذلك صوب غيره ما

في المدونة وكانهم لم يرتضوا حجة بن المواز التي سلك فيها مسلك
التفرقة بين البيع والاجارة لان بن المواز وبن القسم اتفقا علي جواز
ذلك في البيع قال بن المواز لان المبيع ان هلك رجع المبتاع بثمنه
وفي الجعل يريد في هذه المسلة قد تقدم له عمل فيه ثم هلك فلا
يرجع بشي لانه ليس بمضمون علي صاحبه فيذهب عمله باطلا ولو
كان مضمونا علي صاحبه كان افسد له يريد لانه اشترط الخلف
في المعين واجاب بن حبيب عن هذا بانه اذا ضاع بعد الطحن
رجع بقيمة طحنه كما يرجع من اشتري ثوبا بعبد فاستحق الثوب
من يده فانه يرجع في عبده ان كان قايما وان فات رجع في
قيمته قال اللخمي فان ضاع القمح يعني ونرعا علي المشهور وكان
ذلك قبل ان يطحن وكان الدرهم مساويا لقيمة صاع الدقيق
او اكثر انفسخت الاجارة فيما ينوب الصاع لانه عرض
بعرض ولم ينفسخ ما ينوب الدرهم وعلي رب القمح ان ياتي
بمثل ذلك ويطحنه له وان لم يعلم الضياع الا من الاجير فراي
بن القسم مرة في هذا الاصل انه يتهم علي انه غيبه فيلزم ان
يغرمه ويطحن جميعه وياخذ الصاع منه ومرة لم يبلغ به انه غيبه
حقيقة فيحلف علي ضياعه ولا يغرمه ولا يطحن الا ما قابل الدرهم قال
وان طحنه ثم ادعي ضياعه لم يصدق وغرمه مطحونا واستوفي
منه الصاع واختلف ان شهدت البينة علي ضياعه فقال
بن القسم لا ضمان عليه ولا اجر فعلي هذا ياتي ربه بطعام ويطحن
الاجير ما ينوب الدرهم بمنزلة ما لو لم يطحنه وقيل له الاجر فيأخذ
الدرهم واجارة المثل فيما ينوب الصاع قال بن حبيب ولا
يجوز ان يقول له اطحنه علي ان لك نصفه دقيقا لانه جعل الغرر
والاول اجارة بشي معلوم **وقوله** ولو ارضعت بجز من
من الرضيع الرقيق بعد الفطام لم يجز. يعني ان من واجر امراة علي

ان يرضع له مملوكًا صغيرًا الى تمام رضاعه بنصفه او ثلثه او غير ذلك
من الاجزا او يكون اخذها لذلك الجزء بعد الفطام انه لا يجوز لانه
تحجير في العوض ومفهوم قوله بعد الفطام انه لو كان على قبض العوض
في الحال لجاز لانتفا ما فرض مانعًا في الوجه الاخر وقال في
المدونة من واجرته على تعليم عبدك القران والكتاب سنة
وله نصفه لم يجز اذ لا يقدر على قبض ماله فيه قبل السنة وقد يموت
العبد فيها فيذهب عمله باطلا وهذا ظاهره موافق لما قاله المولف
من التفصيل بين ان يكون قبض الاجرة معجلا او بعد امد طويل
لكن قال الشيخ ابو محمد ولو كان الشرط فيه ان يقبض المعلم نصفه
الان على ان يعلمه سنة لم يجز ولعل سبب ذلك هو ان الصبي
لما كان مما يتعين ولو تعذر تعليمه لموت او غيره ذلك لم يلزم
ربه خلفه فيصير نقد الاجرة فيه كالنقد في الامور المحتملة بشرط
وعلى هذا التقدير فسوا كانت الاجرة جزءًا منه او غيره ذلك ويشارك
في هذا مسئلة الرضيع التي ذكرها المولف قال الشيخ ابو محمد
فان وقع هذا الفرع الذي نرضاه وفات بيد المعلم فان كان
قبل تمام السنة فله نصف قيمته تعليمه وعليه نصف قيمة
العبد يوم قبضه ويكون بينهما فاما ان نزل الوجه الذي
قبله وهو مسئلة المدونة وعثر عليه قبل فوات العبد فهو
لسيده وعليه قيمة العمل وان عثر عليه بعد فواته وبعد
تمام السنة فالعبد بينهما وعلى الذي عمله نصف قيمته يوم تمام
السنة متعلما وعلى رب العبد قيمة تعليمه ومسئلة تعليم العبد
هذه مساوية لمسئلة المولف **وقوله** وتعليمه بعمله سنة
من يوم اخذه يجوز • هذه مسئلة المدونة قال مالك فيها
وان دفعت غلامك الى خياط او قصار ليعلمه ذلك العمل باجر
معلوم فلا باس بذلك قال وكذلك ان دفعته اليهم ليعلموه ذلك

العمل بعمل الغلام سنة جاز ذلك قال يحيى بن عمر السنة محسوبة من
يوم اجره قال غيره باجر معلوم اجوز **وقوله** واحصد زرعي
هذا ولك نصفه يجوز • نصور كلامه ظاهر ونقلها بعض المختصرين
للمدونة وزاد وقال غيره لا يجوز فانظر في صحته والاقرب الجواز
ولا سيما ان قلنا ان نصفه يستحقه الاجير قبل العمل ومثل الزرع
جداد النخل ولقط الزيتون قاله في المدونة وليس للعامل الترك
يريد لانها اجارة وذلك كبيعه قال ابن حبيب والعمل في تهذيبه
بينهما قال ابن يونس يريد ولو شرط في الزرع قسمته حبًا لم يجز
وان كان انما يجب بالحصاد لجاز ولذلك في كتاب ابن سحنون
واستغرب بعضهم ما نقلناه عن كتاب ابن سحنون وغيره بان
الاصل ان الشروط اذا كانت موافقة لمقتضى العقد لم تؤثر فيه
فسادا وقد نزل ذلك ها هنا وذلك ان الزرع عند اذا صار
محصودًا لم يقسم الا بعد تحديده والاجير لا يستحق نصف هذا الزرع
الا بعد عمله وحين يستحقه لا يتمكن من اخذ نصيبه الا مهذبًا وقد
منعوه من اشتراط ذلك وهذا الاعتراض مبني على مقدمات متنازع
فيها اما مو له لانه لا يملكه الا بعد الحصاد فقد قال ابن القسم فيمن
قال احصد زرعي على ان لك نصفه ثم اصابته النار قبل ان
يحصده او بعد ان حصد بعضه هو منهما وعليه ان يستعمله في
مثله او مثل ما بقي منه وقال سحنون عليه قيمة نصف الزرع
وليس عليه ان يحصد مثله قال اللخمي يريد اذا كان تلافه
قبل الحصاد ولتعذر الخلف عليه فهذان القولان قد اجتمعا
على انه ملك نصيبه في الزرع قبل العمل على ما تاوله اللخمي لان سحنون
انما اوجب عليه القيمة لاجل تعذر الخلف واما قسمة الزرع قبل
تهذيبه فهو اصل مختلف فيه في الزرع وغيره من الربويات
وقوله وما حصدت فلك نصفه قال ابن القسم يجوز وهي جعالة

العمل

ولد النول وقال غيره لايجوز يعني اذا قال له رب الزرع احصد
ما حصدت من شيء فلك منه نصفه او ثلثه او غير ذلك من الاجزا
وهذان القولان في المدونة وذكرهما محمد روايتين واحتج للمنع
بان العوض في هذه الصورة لايجوز بيعه وكل ما لايجوز بيعه لايجوز
ان يكون عوضا في الاجارة واحتج للجواز بان هذه المسلة تشبه
من له على رجل مائة دينار جعالة وقال لاخر على وجه الجعالة اقتض
ما علي فلان فما اقتضيت من شيء فلك نصفه او ثلثه وهذا القول اقرب
لان الجعالة لعقود متعددة لاعلاها ولو نوضنا اي جزء من
ذلك الدين او من الزرع معينا جاز بيعه والاستيجار به والجعالة
وقوله واحصد اليوم ولك نصفه لم يجز وقيل يجوز ان فهمت
الجعالة • احتج للمدونة للمنع اذا لم تفهم الجعالة بجهالة العوض
لانه لايجوز بيع ما يلقط اليوم او يحصد وهو ظاهر واما قول
المولف وقيل يجوز ان فهمت الجعالة فقد يتبادر لفهم كثير من الناس
انه قول مخالف لصدر المسلة وليس كذلك لان صدر المسلة
مفروض فيما اذا لم تفهم الجعالة بل فهمت الاجارة واللزوم
وهذا متفق على منعه نعم هو دال بالالتزام على ان هذا القول
اخر بالمنع ولو فهمت الجعالة نص عليه في العتبية وذلك من بديع
اختصار المولف فانه اتى بمسلتين احداهما متفق على منعها
وهي التي صدر بها كلامه والثانية لعدها مختلف فيها فنص
على احد القولين واشار الى الثاني غير انه جعل محل الخلاف هو
ما اذا فهمت الجعالة والفهم وان كان مسببا عن صريح اللفظ
وظاهره وغير ذلك من موجباته فالمتبادر الى الذهن عرفا هو
ما يكون عن غير صريح اللفظ وقد علمت ان كثيرا من موجبات
الصحة وشروطها لايكفي فيها التفاهم بل لابد من التصريح بها فاذا
صرح بها حصلت الاباحة واذا تفاهم المتعاقدان ان عليها لم
تحصل

لم تحصل او حصل الخلاف فيها فعلى هذا اللبس كل ما كان مختلفا فيه عند
التفاهم يكون مختلفا فيه عند التصريح بشرطه او بسببه وهذه
المسلة مختلف فيها مع التصريح باشتراط ترك العامل متى شا فاما
الجواز كذلك فقد نص عليه في المدونة واما المنع فقد نص عليه
في العتبية ولو صرح رب الزرع والعامل باشتراط ما ذكر وما في المدونة
ووجهه ما سبق وقوله والنفض زيتوني فما سقط فلك نصفه لم يجز •
ووجهه ظاهر لان ظاهر الكلام يرجع الى الاجارة والعوض فيها
غير معلوم بخلاف ما اذا قال له القط فما لقطت من شيء فلك
نصفه على مذهب ابن القسم. ابن حبيب اذا قال انفض زيتوني او القطه
ولك نصفه فهو جائز وحمل ابن القسم النفض محمل التحريك وليس كذلك
وقوله واعصر زيتوني فما خرج فلك نصفه لم يجز • اشار في
المدونة الى ان سبب المنع انها اجارة بغير معلوم ولا تتاتى ان
تكون من باب الجعالة لانه لايبقى على الترك وابن حبيب وافق
على المنع اذا صرح بقوله فما خرج فلك نصفه ونص على الجواز اذا قال
اعصر زيتوني او احصد زرعي او اطحن هذا الحب ولك نصفه
وهو محمول على انه ملكه نصفه الان حتى يصح بخلافه قلت
هذا على اصله في العقد اذا احتمل الصحة والفساد على ما تقدم في
الكرا بعرض معين وقد تقدم ان اصل ابن القسم في المدونة المنع
فلا يبعد ان يمنع ما اجازه ابن حبيب هنا وقوله وقال ابن القسم
ولو قال احصده وادرسه ولك نصفه لم يجز كما لو باعه زرعا
يابسا على ان يحصده ويدرسه لانه بيع جزافا لم يعاين وقيل
يجوز • ان قلت لم نسب المولف لابن القسم مع ان مسايل هذا الفصل
لابن القسم نص عليها في المدونة قلت لعل ذلك لان ابن القسم
قاس مسلة الاجارة على مسلة البيع مع امكان الفرق بينهما وذلك
ان متولي العمل في مسلة الاجارة التي هي الفرع هو المشتري وهو

ووجهه ما تقدم ما يحصد في ... اذا قال له احصد زرعي فلك نصفه صح

هذه المسلة

متصرف في الذي اشتراه في الحال فلم يشتر ما يخرج من الزرع وانما
اشترى نصف الزرع ومتولي العمل في مسئلة البيع التي هي الاصل
هو البايع والمشترى غير متصرف ولا متمكن من مشتراه الا بعد
الدرس والتصفيه وذلك جزاف غير مري واذا امكن التفريق
بهذا الفرق تعذر القياس فنسب المولف هذا الفرع لابن القسم
تنبيها على التبري منه وتحقيق ذلك ان اشهب روى عن مالك
فيمن طاب زرعه وحل بيعه فقال لرجل احصده وادرسه
على النصف لا باس به وهذا هو القول الذي نقله المولف ولم يسم
قايله على ان قوله في اصل المدونة ولك نصفه اظهر في تعجيل القبض
من قوله في رواية اشهب هذه على النصف وتاول ابن يونس هذه
الرواية على ان مراده له النصف الا ان انها شبيهة بما لابن حبيب
حبيب في العقد المحتمل للصحة والفساد قال ابن القسم في الرجل
له نخل التين وقد طابت فيقول لرجل احرسها واجنها ولك
نصفها لا باس بذلك لانه لا باس ان يكري نفسه بما يحل بيعه

وقوله واعمل علي دابتي فما حصل فلك نصف ثمنه او اجرته
لا يجوز بخلاف بيع نصف الحطب او الماء يريد ان من دفع دابته
لرجل علي ان يقاسمها نصف ثمن ما يحتطبه عليها او نصف
اجرة ما يحمله عليها لغيره فان ذلك لا يجوز ووجهه لا يجوز ظاهر
وهو الجهالة بالعوض بخلاف ما اذا قال له احطب عليها او انقل
عليها الماء على ان النصف من ذلك الحطب او النصف من ذلك
الماء لك بعد ان يبين علي اي النوعين دفعها له واجري في
الجواز اذا قال له علي ان تاتيني كل يوم بثلاثة احمال من الحطب
او بثلاث نقلات من الماء فان العوض في هذا كله معلوم والعوضان
المعوضان فالاول منهما راجع الى الحطب او الماء والثاني راجع
الي العمل **وقوله** فان نزل فاسدا فمثالها ان من قال ولك

بلا ماء او قولته ثمنه
او اجرته مرجعان
الي ما يفهم من السياق

النصف

النصف له اجرة المثل لما كانت المسئلة المتقدمة منقسمة قسمين
احدهما غير جايز والاخر غير جايز وكان الجايز منها لا اشكال
في حكمه بعد الوقوع اخذ يبين حكم غير الجايز منها بعد الوقوع
وحكم الجايز باصله اذا عرض له ما افسده لان الجايز قد تخلف
بعض شرطه او يقوم مانع في المحل يوجب فساده ولاجل الا

ستظهار

على حكم هذا الوجه زاد المولف لفظة فاسدا ونصبها على الحال
اي فان وقع ما قدمناه فاسدا الا انه لو قال فان نزل ولم يزد
على ذلك مع انه لم يتذكر من الاقوال الا ما لا يمكن ان يعرض
للجايز لتبادر للفهم ان كلامه مقصور على صدر المسئلة الاولى
دون عجزها اذا وقع فاسدا وفي هذا بحث لتر ذكر في هذا
الفرع ثلاثة اقوال احدها ان الغلة الحاصلة على عمل
الدابة وما انضم اليها من عمل العامل عليها يكون لقابض الدابة
وعليه اجرة المثل في الدابة لربها والقول الثاني عكسه
وهو ان جميع ذلك يكون لرب الدابة وعليه اجرة المثل
في عمل العامل والقول الثالث التفصيل بين صدر المسئلة
وعجزها ففي صدر المسئلة وهو ان يعطيه الدابة ويقول
له اعمل عليها ولك النصف من ثمن حطبها او اجرة العمل عليها
يكون في هذا الوجه الغلة لقابض الدابة وعليه اجرتها
لربها وفيما عداه من وجوه الفساد تكون فيه الغلة لرب
الدابة وعليه للعامل عليها اجرة عمله هذا هو ظاهر كلام المولف
الجاري على مهيعه في هذا الكتاب ويمكن ان يكون موضع
المسئلة اعني محل الخلاف هو ان يقول رب الدابة للعامل
او العامل لرب الدابة اعمل عليها وانا اعمل عليها على الشرط
المذكور فان قلت لا دلالة في كلام المولف على ان موضوع
المسئلة ان يقول العامل لرب الدابة ادفعها الي على وجه

كذا **قلت** قوله في بيان القول الثالث ان من قال ولا النصف
يدل علي ذلك اد معناه ان من قال ذلك منهما سوا كان رب
الدابة او العامل عليها فتامله فهو صحيح واقرب الي كلام المولف
من الذي قبله لا ان الاقوال الثلاثة مقصورة علي صدر كلامه فان
هذا المعنى لا ينطبق عليه كلامه بوجه مع ما فيه من لزوم زيادة
لفظة فاسدا التي قيد لها هذا الفرع وان كان علي هذا الوجه
الذي لم نر نصه حمل كلام المولف من تعرض لتفسير كلامه واعلم
ان هذه الاقوال الثلاثة لم اقف عليها بمجموعها ولذلك قال
الذين فسروا كلامه بما حكيناه عنهم واذا كان الامر علي هذا
فالاولي بقا كلامه علي ظاهره وتحسين الظن بالمولف او غير ذلك
من الانتقاد عليه قال في المدونة وان دفعت اليه دابة
او ابلا او دارا او سفينة او حماما علي ان يكري ذلك وله
نصف الكرا لم يجز فان نزل كان لك جميع الكرا وله اجر
مثله كما لو قلت له بع سلعتي فما بعتها به من شي فهو بيني
وبينك او قلت له فما زاد علي مائة فبيننا فذلك لا يجوز والثمن
لك وله اجر مثله فان **قلت** هلا حملت كلام المولف علي هذا
الذي ذكر في المدونة وحملت كلامه اولا حيث قال فما حصل
فلك نصف ثمنه علي مسلة بع سلعتي وحملت قوله او واجرته
علي مسلة الكرا **قلت** كلام المولف لا يدل علي هذا بوجه
بل قوله واعمل علي دابتي نص في مخالفة ما ذكر لما حكيناه
عن المدونة وانما ذكرنا مسلة المدونة هذه ليتوهم متوهم
منها ما سال عنه هذا السايل وليصح لنا ذكر مسلة المولف
لبعدها عن المدونة قال باثر ذلك ولو اعطيته الدابة والسفينة
او الابل ليعمل عليها فما اصاب فبينكما لم يجز فان عمل عليها فالكسب
ههنا للعامل وعليه كرا المثل في ذلك فابلغ وكانه اكتري ذلك

الكرا فاسدا والاول اجر نفسه اجارة فاسدة فافترقا فلو زاد
لفظة لي فقال اعمل لي عليها فقال بن القسم في المدونة في
رواية الدباغ ما كسب عليها للعامل مثل ما قال فوق هذا
وقال بن الجلاب ما كسب عليها لصاحبها لقوله اعمل لي عليها
وللعامل اجرة المثل وان قال اكرها فعمل عليها كان ما عمل
عليها له ولصاحبها اجارة المثل وقال ايضا في كتاب الشفعة
ما اكريت به فلصاحبها لان ضمان المنافع من صاحبها بخلاف
البيع الفاسد قال بن المواز ولا يجوز ان تعطيه دابتك علي ما
يكسب عليها اليوم لك وما يكسب عليها غدا فله قال بن القسم
في كتاب بن المواز وفي العتبية ولا باس ان تعطيه دابتك يعمل
عليها اليوم لنفسه علي ان يعمل عليها غدا لربها ومسايل هذا الفصل
كثيرة وفي كتاب بن يونس واللخمي ما فيه كفاية **وقوله**
ولو جمع بين البيع والاجارة جاز • يعني انه يجوز الجمع بين البيع
والاجارة في عقد واحد كما لو باع له ثوبا بدراهم وينسج له ثوبا
اخر الي غير ذلك من المثل وحكي بعض العراقيين قولا بالمنع
وكانه يري ان الاجارة عقد رخصة لان كثيرا منها لا ينفك
عن الغرر فلا يصح ضم غيرها من العقود اليها كما في المساقاة
والقراض هذا اذا كانت الاجارة في غير المبيع كما مثلناه
فان كانت في نفس المبيع كما لو باع له جلودا علي ان يخرزها البايع
النعلة ففي ذلك قول مشهور بالمنع وكانه يري ان المبيع هو
ما تخرجه الصنعة وذلك غير مرئي ولا يقال انه وان كان
غير مرئي فهو موصوف فان الصفة انما تعتبر في المضمون
لا في المعين او في المعين الغايب وكلاهما مفقود هنا **وقوله**
وفي الجعل مع احدهما قولان • اي وفي ضم الجعل الي كل واحد
منهما قولان المشهور منعه قال اللخمي الخلاف في هذه المسلة راجع

اجارة المثل وقال ايضا وكذلك الشمعة ما اكريت لصاحبها لمستاجرها

الي جمع سلعتين احداهما علي بت والاخري علي خيار قال ومن منع
من ذلك انما منع لعلة الاطماع لان من له الخيار قد يطمع الرغبة
في اخذ السلعة التي جعل له فيها الخيار ثم يردها او يطمع الرغبة
عنها ثم ياخذها هذا معني ما اشار اليها اليه فان قلت كما ان
في ضم الجعل الي كل واحد من البيع والاجارة قولين فكذلك القولان
في ضم الجعل الي مجموع البيع والاجارة فهلا قال المولف وفي
الجعل معهما قولان لان هذا اكثر فايدة لا تري ان مجموع البيع
والاجارة اضعف في الاباحة من كل واحد منهما علي انفراده
لما قدمت في الفرع السابق من الخلاف في المغيبة الي مجموعهما
فاحري الي كل واحد منهما علي انفراده **قلت** ليس هو باحري
لاحتمال ان يقال انما قيل بالمنع اذا ضم الجعل الي مجموعهما الضعف
الاباحة فاذا انضم الجعل الي احدهما علي انفراده ضعف المنع
وقويت الاباحة فيتفق علي جوازها وايضا فالاصل حكاية
الاقوال علي ما وجدت عليه وتغييرها لفهم بعض الناس مع
عدم تحقق فهم غيرهم ليس بسديد وايضا فان المولف اراد ان
يجعل هذه المسالة توطية لما يذكره بعدها ولا ينبني ذلك الا علي
الوجه الذي ذكره **وقوله** فلو باع له نصف سلعة علي ان
يبيع له نصفها او بان يبيع له نصفها فثالثها ان عين اجلا جاز
ورابعها عكسه ان قلت اي فرق بين قوله علي ان يبيع له
نصفها وبين قوله او بان يبيع له نصفها **قلت** الكلام الاول
شرط في الثمن فقصاراه ان يكون هو كالجزء من الثمن فصورة
المسالة علي هذا التقدير ان يبيع له نصف سلعة بدينار علي
شرط ان يبيع له المشتري النصف الثاني والكلام الثاني
وهو المعطوف باو يكون بيع نصف الثاني هو ثمن النصف
الذي اشتراه المشتري فعلي ما قلناه يجب ان يحمل كلام المولف

الاجتماعية بخلاف حال الانفراد واذا كان الخلاف في ضم الجعل صح

لا علي

لا علي ان الكلامين معناهما متحد وانه اراد التسوية بينهما وتصور
الاقوال الاربعة ظاهر والثلاثة الاول منها منصوص عليها
في المذهب والثالث منها هو المشهور والاصح منها علي اصل
المذهب المنع مطلقا ولا سيما علي قول المولف علي ان يبيع
له نصفها فانه يجتمع في هذا الوجه الجعل والبيع وعلي هذا الوجه
كان ينبغي للمولف ان يقتصر لانه كذلك في المدونة واما الوجه
الثاني الذي عطفه عليه المولف فلا يتصور فيه الا الجعل
وحده او الاجارة وحدها عند من اعتقد في الوجه الاول انه
اجتمع فيه جعل وبيع ثم يتصور فيه النقد في الجعل بشرط فلذلك
لا يحسن فيه الا قولان الجواز مطلقا ومقابله واما الوجه الاول
فيحسن فيه الاقوال الثلاثة اعني بظهور وجهها ويترجح الثالث
منها بما قلناه فاما القول الرابع فبعيد جدا ويقرب منه
ما في المختصر ما ليس في المختصر ان ضربا اجلا فمكروه وان لم يضربا
فلا باس وانما ذكر في المدونة ضرب الاجل ليس فيه الا اجتماع
بيع وجعل وذلك وجه من وجوه الفساد فاذا ضرب الاجل
صار ذلك الجعل حراما من وجه اخر وهو ان ضرب الاجل
نيا في الجعل وقد اشار ابن رشد الي انتفا القول بان البيع
جايز دون الاجل وذلك ان في العتبية عن مالك انه اجاز
لمن اشتري لولوا ان يشرك فيه قوما علي ان يبيعوه بالبلد
ولم يذكر اجلا فقال ابن رشد انه مخالف للمدونة لمن حمل
هذا الكلام وتاوله علي ان اجل بيع اللولو معروف عندهم
عرفا وظاهر كلام المولف انه لا فرق عند من اجاز بين اشتراط
بيع نصف الثوب في البلد او في بلد اخر وقد نص في المدونة
علي الفرق بينهما اجاز في البلد بشرط ضرب الاجل ومنع من خارج
البلد وقوله وعلي الصحة في التعيين لو بقي بعض الاجل حوسب

ولو انقضى ولم يبع استحقه مراده بالتعيين ضرب الاجل ولتعيينه ولا
يقال اذا كان مراده بالتعيين هو ضرب الاجل فلم قال وعلى الصحة
في التعيين وهلا قال وعلى الثالث لان هذا القول هو الذي
يلزم منه ضرب الاجل لانا نقول لو فعل ذلك لكان كلامه موهما
ان هذا التفريع مقصور على هذا القول لان من اجازه مطلقا
اجاز بقيد الاجل فالقدر المشترك بين القول الاول والقول
الثالث صحة ضرب الاجل فاخذ المولف الصحة التي هي القدر
المشترك بين هذين القولين وجعلها موضوع هذا الفرع فجا كلامه
في غاية الرشاقة قال ابن المواز عن ابن القسم واذا باعه نصف ثوب
لعشرة على ان يبيع له النصف الاخر شهرا فباعه في نصف شهر
فانه ينظر كم قيمة بيعه شهرا فيقال درهما وهي سدس الثمن
فوقع لها سدس الصفقة فلما باع في نصف الاجل انفسخ نصف
الاجارة وانفسخ بذلك نصف سدس الصفقة فيرجع بنصف سدسها
وهو ربع سدس قيمة الثوب كله يرجع به ثمنا لبقي لضرر الشركة
على ما علم من اصل ابن القسم وقال يحيى بن عمر ان كانت السلعة
قايمة كان فيها شريكا ولو كانت مما لا ينقسم ولم يراع ضرر
الشركة فاما ان يكون ذلك على اصل اشهب في هذا الباب واما
ان يوافق ابن القسم في الاصل ويخالفه في هذا الفرع لان المبتاع
دخل اولا على الشركة ولم يعتبر زيادتها واعتبرها ابن القسم
وقال في كتاب ابن المواز اذا واجره بيبيع له متاعا شهرا
فباعه قبل الشهر فليات بمتاع اخر يبيعه له الى تمام الشهر
قال ابن المواز اذا لم يكن متاعا بعينه وكذلك القمح وغيره وهذا
يجوز فيه النقد قال واما الذي بعينه فلا ينقد فيه فان باع
في نصف الاجل فله بحسابه وقد جلبنا ما حكاه ابن المواز اولا عن
ابن القسم لانه كالتفسير لكلام المولف مع مخالفته حي له في بعضه

واما

وانه لا يحمل تصويره
على القول الاول ومعلوم
قطعا انه مقصور على
القول الاول صح

ولانه باعه الثوب بعشرة
دراهم وبدرهم قيل
بالطان صح

وهذا

واما ما حكاه ابن المواز ثانيا فظاهره المخالفة ولعله على القول الثاني من
الاقوال الاربعة في صدر المسلة فتامله واما قول المولف ولو انقضى
اي الاجل ولم يبع استحقه اي العوض فجلي وكذلك نص عليه في المدونة
وقوله فان كان طعاما لم يجز الا بالتاجيل. يريد ومعنى الطعام
كل مكيل وموزون وهذا القول لابن القسم في كتاب ابن المواز واختار
ابن المواز المنع في الطعام مطلقا وان ضرب الاجل وهو مذهب المدونة
وقد اغفله المولف ومذهب المدونة ارجح لانه قد يبيع في بعض الاجل
فيسترجع البايع ما ناب بقية الاجل من الطعام وذلك يودي الى
تاره بيعا وتاره سلفا ولعل ما في كتاب ابن المواز لا يعم جميع الصور
وانما يكون اذا باع نصف الطعام بدراهم على ان يبيع له النصف الباقي
فيكون ما ناب الطعام الاجارة من بقية الاجل يسيرا فلم يتهمهما على
ذلك ومن ابقى المدونة على ظاهرها في انه انما يمتنع الطعام وحده
ويجوز ما عداه من المكيل والموزون فقد ابعد **وقوله** ولا يجوز
كرا الارض بشي من الطعام كان مما تنبته ولا بما تنبته من غير الطعام
كالقطن والكتان والعصفر والزعفران ويجوز بالقصب والخشب
وروى يحيى بن يحيى الا تكرى بشي ان اعيد فيها نبت وتكرى
بما سواه وقال ابن نافع تكرى بكل شي اذا لم يزرع فيها الا
بالحنطة واخواتها وقيل يجوز ان تكرى بكل شي• هذه الاقوال
الاربعة تصورها جلي والاول منها هو المشهور والقصب المذكور
بالصاد المهملة المفتوحة وفيه مع ذلك نظر واكثرهم لا يذكر
هذه اللفظة وانما يذكرون في هذا الفصل مثل الخشب والحطب
والعود الهندي قال ابن سحنون قلت لابي لسحنون لم اجازوا
كرا الارض بالعود والصندل والخشب والحطب والجذوع
وهذه الاشيا مما تنبت الارض فقال هذه اشيا يطول مكثها
ودقتها فمن ذلك سهل فيها قلت وقد علم ان القصب دون

هذا في البعد وقال بعضهم رعيا للمعنى الذي اشار اليه سحنون يجوز
كراوها شهرين بشي لا يمكن ان ينبت الا في السنة وهو غير طعام
لجواز كرائها بالشجر واجاز محمد كراها بالخضر فتاول ذلك بن
ابي زيد على انه يريد الكلا لانه لا يزرع قال في كتاب محمد ايضا
ولا باس بكرائها بالما وحكى بن ابي زمنين عن بن الماجشون انه
يجوز كراوها بالقطن والزعفران في ارض لا تنبت القطن
والزعفران والذي حكى بن حبيب عن بن الماجشون وعن جماعة
سواه مثل القول الاول الذي حكاه المولف ومعنا رواية يحيى
بقوله بما سواه طعاما كان او غيره ولهذه الرواية قال يحيى بن يحيى
وبن مزين وهو قول بن كنانة وقول بن نافع منهم من لا يذكر
في الاستثنا الا الحنطة ويسكت عما عداها ومنهم من يقول مثل
ما قاله المولف الا الحنطة واخواتها ومنهم من يقول الا الحنطة
والشعير والسلت فعلى هذا ينبغي ان يقال والا الحنطة واختيها
والقول الرابع يحكى عن الاصيلي وغيره من اهل المذهب وقد كثر
الخلاف في هذه المسلة في المذهب وخارج المذهب فالذي في
المذهب قد حكينا اكثره وعن طاوس واحد قولي بن عمر وغيره
انه لا يجوز كرا الارض بذهب ولا فضة ولا شي من الاشيا وقال
بن المسيب وربيعة لا يجوز ان تكرى بشي غير الذهب والورق
وهو قول بن عباس وقال الشافعي يجوز كرا الارض بشي معلوم
من طعام وغيره وهو قول سالم وقال اخرون يجوز كرا الارض
بالدنانير والدراهم والعروض والطعام والجزء مما يخرج منها
وتقدمت الاشارة لحديث المساقاة وهي مما تمسك به بعض
من مذهبه موافق لنا في كرا الارض ومن قال بجواز كرائها
بالجزء وغيره وفي الصحيح من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال من كانت له ارض فليزرعها او ليزرعها اخاه ولا يكريها

وعن

وعن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت
له ارض فليزرعها او ليمنحها اخاه فان ابا فليمسك ارضه وعن
رافع بن خديج انه قال لعبد الله بن عمر سمعت عمي وكانا شهدا
بدرا يحدثان اهل الدار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
عن كرا الارض قال عبد الله لقد كنت اعلم في عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان الارض تكرا ثم خشي عبد الله ان
يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم احدث في ذلك شيا
لم يكن علمه فترك كرا الارض واحاديث رافع في هذا الباب كثيرة
قال بعض ايمة الحديث انها مضطربة وفي هذا الباب ايضا
النهي عن المخابرة والمحاقلة وكلها في الصحيح ولكل قول من
الاقاويل المتقدمة متمسك منها غير ان لبعض تلك الاقاويل اقوى
من بعض بحسب مساعدة الظاهر له وعدمها وشدد سحنون
في كرائها بالجزء مما يخرج منها وقال من فعل ذلك فهي
جرحة في حقه وتاول ذلك الشيخ ابو محمد على ان يكون هذا
مذهبا لفاعله او مقلدا لمن يري المنع منه قال سحنون
ولا يوكل طعامه ولا يشترى منه من ذلك الطعام الذي
اخذ في كرائها وتاول هذا بن رشد على انه من الورع قال
سحنون واذا نزل ذلك فانما لربها كراوها بالدراهم وذكر
الشيخ ابو محمد ان عيسى بن مسكين وغيره من قضاة اصحابنا
بافريقية حكموا ان ينظر الى ما يقع له من ذلك الجزء من ثلث او ربع
فيعطى قيمة ذلك الجزء دراهم قالوا لانه لا يعرف لها بالمغرب قيمة
كرا بالعين فلذلك يعطي قيمة ذلك الجزء الذي يجري به اكريتهم
ثمنا اصاب قليلا او كثيرا ولم يعتبر واقيمة كرائها يوم العقد
لانه لا كرا على المكتري في الارض اذا لم يصب فيها شيا
وقوله الثالث المنفعة هذا هو الركن الثالث وهو العوض

المقابل للاجرة وذلك هو المنفعة بالقيود التي يذكرها الآن في قوله
متقومة غير متضمنة لاستيفاء عين قصدا مقدور على تسليمها عن حرام
ولا واجبة معلومة هذه القيود تتبين بما يذكره المؤلف عقيب
هذا مما يتعلق بكل واحد منها ومعنى قوله قصدا ان الانتفاع
بالدنانير والدراهم انما يكون باذهاب عينها فلذلك لا تجوز
اجارتها لما يذكر بعد هذا فيورد على هذا ان الانتفاع بالثياب
مثلا انما يكون باذهاب بعض اجزائها ولا سيما مع طول
مدة الاستيجار فيلزم امتناع اجارتها فذكر المولف لفظة
قصدا ليدخل تحتها النوع الاول ويخرج النوع الثاني فان
اذهاب عين الدنانير بالقصد واذهاب عين الثوب بالتبع
لا بالقصد بل جعل بعضهم ان اذهاب شي ما من العين شرط
في جواز الاجارة ورأى ان هذا هو سبب كراهية اجارة
الحلي بالذهب والفضة لما يودي الى بيعه باحد النقدين غير
ناجز او يقال مراده مسئلة استيجار الثمار في اشجارها
اذا كانت هي المقصوده بخلاف التبع وقوله وفي اجاره الاشجار
لتجفيف الثياب قولان هذا النوع مما يتعلق بالقيد الاول وهو
قوله متقومة والاقرب الجواز لان الانتفاع بالاشجار في هذا
الوجه مما لا تتأثر له الاشجار وينقص منفعة كثيرة منها وقوله
وقال ابن القسم لا تصح في الدنانير والدراهم للتزين وما لا يعرف
بعينه وقيل تصح اذا لازمها المالك • هذه المسئلة يحتمل ان تكون
مما يتعلق بالقيد الاول ويكون الخلاف فيها خلافا في حال هل
هذه المنفعة متقومة ام لا اعني منفعة التزين ويحتمل ان تكون
مما يتعلق بالقيد الثاني على احد الوجهين الذين قدمنا في
مراد المولف بقوله قصدا ويترجح تعلقها بالقيد الاول لان
بعد هذا مما لا يصح تعلقه بالقيد الثاني وهو الخلاف في اجارة

المصحف

المصحف فان قلت لاي شيء فصل المولف الدنانير والدراهم عما لا يعرف
بعينه مع ان الدنانير والدراهم احد انواع ما لا يعرف بعينه وايضا
فلم نسب هذه المسئلة لابن القسم مع انه لا يعلم خلاف من المتقدمين
قلت وصف التزين مقصور في الغالب على الدنانير والدراهم
وهو فيما يظن بعض الناس من الاسباب الموجبة لجواز الاجارة
ويراه بعضهم من الاسباب المانعة من الجواز لانها منفعة غير
متقومة فعلى هذا التقدير يكون اجتمع في الدنانير والدراهم مانعان
من جواز الاجارة احدهما اختصت هي به لانها لا تواجر الا للتزين
والثاني شاركها فيه بقية انواع ما لا يعرف بعينه وهو مما يودي
اليه الاجارة من سلف جر منفعة لان من استاجرها يغيب
عليها ويرد مثلها مع الاجرة وذلك عين سلف جر منفعة
تخص الدنانير والدراهم بالذكر لاجل ذلك فان قلت قول
الشيخ ابي بكر الابهري وهو قائل القول الذي حكاه المولف
ان اجارتها تجوز بشرط ملازمة المالك لها هل هو خلاف
لقول ابن القسم او وفاق له قلت اما في ما عدا الدنانير والدراهم
فهو موافق له بشرط صحة انعكاس العلة الشرعية لان علة المنع
وهي سلف جر منفعة قد زالت بملازمة المالك ويمكن ان يقال
لعل ابن القسم عنده علة اخرى في المنع وهي انتفا حصول المنفعة
المقصودة للعقلا غالبا من الشيء المستاجر فان مالكها اذا لازمها
لم يبق فيها كبير منفعة لمن استاجرها فما ياخذه ربها من العوض
عن ذلك من اكل المالك اموال الناس بالباطل وانما اسند ابن القسم
منع الاجارة فيها الى سلف جر منفعة لظهوره ولا يلزم من انتفا
هذا المانع الخاص انتفا غيره من الموانع واما الدنانير والدراهم
فقد نص ابن القسم على ان اجارتها للتزين لا تجوز وقال هذا الشيخ
بالجواز مع حصول ذلك الشرط وهو خلاف وقد يمكن ان يقال

انما يتم ما ذكرتموه اذا كان مراد ابن القسم بقوله بالتزيين ان التزيين مانع
من اجارتها وهنا معنى اخر يمكن حمل كلامه عليه وهو ان وصف التزيين
ليس بمقصود لاكثر الناس فلا يعد منفعة فلا يكون موجبا للجواز
للاجارة ولا يلزم من انتفا كونه موجبا للجواز ان يكون مانعا منه
الى غير ذلك من الاحتمالات وعد ابن العطار مما لا يعرف بعينه فمنع
اجارته مثل قدور الفخار وصحاف الحنتم وقال ابن الفخار اما قدور
الفخار فان الدخان يغيرها حتى لا تعرف بعينها واما صحاف الحنتم
فانها تعرف باعيانها فلا معنى لمنع كرائها **وقوله** وفي اجارة
المصحف قولان بخلاف بيعه • القول بجواز اجارة المصحف هو مذهب
ابن القسم في المدونة واحتج على ذلك بجواز البيع والمنع من ذلك لابن
حبيب قال وكره اجارته من لقيت من اصحاب مالك فاحلف قول
ابن القسم فيه قال ابن القسم حبيب في الفرق بين الاجارة والبيع
وكان اجارته ثمن للقران وبيع المصحف ثمن للورق والخط
ورد ذلك بانه ان كان مراده بقوله ثمنا للقران اي ثمنا
للقراة فالقراة فعل القارى ولا معاوضة فيها وان كان
مراده القراة حقيقة فذلك ايضا غير مبيع ولا مستاجر وانما
المبيع الورق بصنعته وذلك هو المستاجر فان **قلت** مراد
المولف ان المخالفة وقعت بين اجارة المصحف وبين جواز بيعه
فان اجارته مختلف في جوازها ولا خلاف في المذهب في
جواز بيعه وكلامه لا يدل على ذلك لان مجموع القولين كما هو مخالف
للجواز فكذلك هو مخالف للمنع **قلت** لا يمكن ان يكون بيع المصحف
محرما مع ان اجارته مباحة وايضا نبه ان هذا ممكن ولكن
قد تقدم في كتاب البيوع جواز بيع المصحف **وقوله** ولا تصح
في الاشجار لثمارها والشاة لنتاجها ولبنها وصوفها • تقدم ما
يتعلق بالقيد الاول من القيود الخمسة وما هو محتمل للدخول تحت

ذلك

بلغ مقابلة باصله

ذلك القيد وهذا ما يتعلق بالقيد الثاني بلا شك والقيد الثالث غير
متضمنه استيفاء عين قصدا فاما امتناع اجارة الاشجار لثمارها
فظاهر لان ذلك يؤدي الى بيع الثمار قبل بدو صلاحها وكذلك
الشاة للنتاج والصوف واما استيجارها للبن فالمذهب انه
لا يمتنع مطلقا وانما ينظر فيه فان بيع اللبن جزافا جائز بشرط
تعدد الشياه وكثرتها وان كان على الكيل لم يحتج الى هذا
الشرط واجارة الشاة لاجل لبنها قصاراه ان يؤدي الى بيع
لبنها فلا ينبغي ان يطلق المنع منه فتامله **وقوله** واغتفر ثمرة ما
في الارض والدار المستاجرة ما لم تزد على الثلث بالتقويم لانها
استاجرة • لما قدم الكلام على ما هو قصد اتبعه بالكلام على ما
هو مغتفر ليس بقصد وهذه المسلة في اول كتاب اكرية الدور
من المدونة وفي غير المدونة ايضا وقال ابن القسم بلغني توقيت
الثلث عن مالك فاما في سوالي اياه فلم يبلغ به الثلث **قال**
ومعرفة ذلك ان يقوم كرا الارض او الدار بغير شرط الثمرة فان
قيل عشرة قيل فما قيمة الثمرة فيما عرف مما تطعم كل عام بعد طرح
قيمة المونة والعمل فيجعل الوسط من ذلك فان قيل خمسة فاقل
جاز ذلك واستشكل اللخمي هذا التقويم لانه اعتبره في المدونة
على السلامة ثم حط ما ينوب السقي قال وقيمتها على هذه الصفة
اعلى من الصفة التي دخل عليها مكتريها **قال** والصواب
ان يقال كم قيمتها على ان سقيها على مشتريها وعلى ان المصيبة
ان كانت ثمن المكتري وعلى انه ان جاءت على **خلاف**
المعتاد لم يكن له مقال لان ابن القسم لا يرى له متى اجيحت
مقالا وينبغي ان تقوم على ما اكتري عليه فان كان الكرا بالنقد
قومت الثمرة بالنقد لانه الاخس لقيمتها وان كان الكرا على
انه يوخذ مشاهرة قومت الثمرة على ما تؤخذ بقيمته مشاهرة

فوّمت الثمرة على ما ينوبها بقيمته مشاهرة وقد ظهر لك من هذا معنى
المسئلة وما اراد المولف بقوله بالتقويم لا بما استاجر وهذه المسئلة
من حسان مسايل المدونة وتتعلق بها فروع كثيرة اضرب المولف
عنها وفي التشاغل بذكرها خروج عن كلامه **وقوله** واستيجار
المرضع وان كان اللبن عينًا للضرورة هذه المسئلة ايضا مما اغتفر
للضرورة فهي داخلة في حكم التي قبلها ولهذا كان قوله للضرورة
ليس مقصورًا على هذه بل هو راجع اليها والى التي قبلها لانهما يشتركان
في ان العوض الذي ياخذه المكتري عين لا منفعة وتلك العين
مغيبة في هذه المسئلة وقد تكون في التي قبلها مغيبة وقد لا تكون
واشترطوا في الاولى التبعية ولم يشترطوا في هذه لان دليل
الاولى من جهة القواعد ودليل الثانية قوله تعالى فان
ارضعن لكم فاتوهن اجورهن واتمروا بينكم بمعروف وان
تعاسرتم فسترضع له اخرى وللضرورة ايضا لانه لا حياة للمولود
عادة الا بالارضاع قال بعض الشيوخ ولا خلاف في ذلك
ثم هي جايزة بالطعام وغيره ولم يعدوا ذلك في بيع الطعام
بطعام غير يد بيد ولا شك في شرط تحديد الاجل فيها
وهل يشترط حضور الصبي واختبار مقدار رضاعه قال اللخمي
انه مستحب وخرج اشتراط ذلك من قول سحنون **وقوله**
وللزوج ان يفسخ اذا كان بغير اذنه يعني ان لزوج المراة
التي اجرت نفسها في الارضاع ان يفسخ الاجارة اذا عقدتها
على نفسها بغير اذنه لما يلحقه في ذلك من الضرر بتشاغلها
عنه وتغير حالها وغير ذلك ولا سيما ان كانت خدمة الصبي
عليها وقد يقال انه لا حق له في ذلك اذا كان لا يلحقه به مضرة
لدناة حاله وكانت خدمة الصبي على اهله **وقوله** وفي منعه
من الوطي قولان فان تبين ضرر الصبي منع يعني فان اجرت
نفسها باذنه او بغير اذنه ثم اذن لها في التمادي فهل يمنع من
وطيها

وطيها قال مالك في المدونة يمنع منه وهو قول ابن القسم في كتاب
ابن حبيب وقال اصبغ لا يمنع الا ان يشترطوا ذلك عليه او يتبين ضرر
ذلك على الصبي فيمنع واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم لقد هممت ان
انهى عن الغيلة حتى ذكرت ان فارس والروم يفعلون ذلك فلا
يضر اولادهم **واجيب** بانه ليس كل ما هو مباح في الشرع يتناوله
عقد الاجارة ولا سيما اذا دل العرف على عدم تناوله وبانه منقوض
بما استثناه من تبين الضرر واختار ابن حبيب قول ابن القسم قال
لان الزوج لا يكون موليا باليمين على ترك وطي المرضع يريد انه
قصد الى رفع الضرر الناشي عن ذلك فدل على ان رفع الضرر
لازم في جميع الوجوه قال ابن عبد الحكم ان اراد الزوج السفر بها
لم يكن له ذلك ان واجرت نفسها باذنه وان كان بغير اذنه
فله ذلك وتفسخ الاجارة واختلف اذا خالعها زوجها على ارضاع
ولده هل لها ان تتزوج غيره بعد انقضا عدتها وهذا الخلاف
شبيه بالفرع الذي ذكره المولف واختلف في عقد هذه
الاجارة عند عدم الشرط والعرف هل يستلزم خدمة الصبي
فتكون عليها ام لا **وقوله** ولا يجوز استيجار ارض للزراعة
وماؤها غامر وانكشافه نادر لما انقضى كلامه على ما يتعلق بالقيد
الثاني شرع في الكلام على ما يتعلق بالقيد الثالث وهو قوله
مقدورا على تسليمها والواو من قوله وماؤها واو الحال اي
لا يجوز العقد على الارض للزراعة في احد حالين احدهما ان يكون
حصول الماء لها نادرًا والثانية ان تكون غرقة وانكشافه
ايضا نادر لعدم القدرة على تسليم هذه الارض لتستوفى منها
المنفعة ثم ظاهر كلام المولف يدل على انه لا يجوز عقد الكراء
في هذه الارض التي وصف وظاهر المذهب جوازه فيهما اعني
التي ماؤها نادر والغرقة التي انكشافه نادر وقيل وهو شاذ انه

لا يجوز والاول اختيار غير واحد من الشيوخ لان النقد غير مشروط فلا غرر وفيه نظر **وقوله** فاما ارض النيل والمطر الغالب عادة فتصح اجارتها والنقد فيها وقيل لا ينتقد في اراضي المطر • لما تكلم على ما لا يصح الانتفاع به الا نادرا انتقل الى ما الغالب عليه حصول المنفعة وذكر انه يصح العقد عليها ولم ينقل فيه خلافا والخلاف الذي نقله انما هو في صحة اشتراطه وقصر القولين على ارض المطر وجرد ارض النيل من الخلاف ولا ينبغي ان يسوي بين اراضي النيل في الحكم فان منها المامون في غالب الحال ومنها ما ليس كذلك **وقوله** وقال ابن القاسم لو استوى الاحتمالان في انكشاف الماجار وقال غيره لا يجوز • الجواز وعدمه باعتبار العقد لا باعتبار النقد وتحصيل الكلام في هذا الفصل على مذهب ابن القاسم ان للارض حكمين احدهما جواز النقد والاخر وجوب النقد فاما جواز النقد فما كان منها مامونا كارض النيل وارض المطر المامونة وارض السقي بالعيون الثابتة والابار المعينة فالنقد فيها للاعوام الكثيرة جائز وما كان منها غير مامون فلا يجوز النقد فيها الا بعد ان تروى وتتمكن من الحرث كانت من ارض النيل او ارض المطر او ارض السقي واما وجوب النقد فيجب عنده في ارض النيل اذا رويت لا تحتاج الى غير ذلك واما غيرها فلا يجب النقد فيها عنده حتى يتم الزرع وتستغني عن الماء ووافقه ابن الماجشون في ذلك الا في ارض السقي المامونة فجعله مثل ارض النيل يجب نقد الكرا فيها اذا رويت واما جواز العقد فابن القاسم لا يفرق بين الارضين في جواز العقد لعام او لاعوام كثيرة واما ابن الماجشون فالارض عنده على اربعة اقسام ارض النيل المامونة يجوز الكرا فيها للاعوام الكثيرة بالنقد وغير النقد قرب ابان شربها او بعد وارض السقي بالعيون لا يجوز عنده كراوها الا لثلاثة

اعوام او اربعة ولا ينقد الا سنة سنة يريد انه ينقد السنة الثانية قبل تمام الاولى بيسير وان لم تنز والارض قاله في الواضحة وارض المطر لا يجيز الكرا فيها الا لعام واحد قرب ابان ريها ولا يجيز النقد فيه حتى تروى ريا مبلغا له او لاكثره مع رجا مطر غيره **وقوله** وتصح اجارة الرقبة وهي مستاجرة او مستثنى منفعتها مدة تبقى فيها غالبا • مراده بالرقبة ما هو اعم من ذوات العبد والامة والدابة والدار وغير ذلك وقد علمت ان الواو من قوله وهي مستاجرة واو الحال فالمعنى انه تصح اجارة الرقبة التي استحقت منفعتها للغير من اجرها لياخذها من استاجرها بعد انقضاء المدة المستحقة وسواء كان ذلك الاستحقاق باستيجار او باستثنا من بايع باعها وابقى المنفعة لنفسه فانه كما قلنا يجوز العقد عليها في ذلك كله لياخذها المستاجر باثر ما ينقضي حق من سبقه بالاجارة او الاستثنا ويحتمل ان يريد بهذا الكلام ان من وجبت له منفعة رقبة بالاجارة او لانه استثنى منفعة تلك الرقبة في البيع جاز له اجارة تلك المنفعة من غيره والاحتمال الاول اقرب الى لفظه ولكن فيه تكلف من جهة فرض المسلة فان المشهور من المذهب جواز عقد الكرا على منفعة عبد او دابة تقبض بعد شهر وانما يمتنع شرط النقد خاصة وقال غيره ابن القاسم يمتنع عقد الكرا في مثل هذا فلو اراد المولف المعنى الاول لكان تمثله بهذا الفرع اولى لوجود الخلاف فيه وقد منع جماعة من العلما خارج المذهب اكترا دابة وشبهها ممن له منفعتها الا انه عندهم من ربح ما لا يضمن **وقوله** والنقد فيها مختلف باختلافها الضمير المجرور بفي راجع الى الرقبة المستاجرة وكذلك الضمير المضاف اليه اختلاف اي واشتراط النقد في الرقبة المستاجرة التي هي مستاجرة قبل ذلك او مستثنى منفعتها وهذا على الاختلاف الاول

من الاحتمالين السابقين وعليه ينبني قوله واستخف في العقار
سنون واستكثر في الحيوان عشرة ايام اي ولاختلاف حال رقبة
المستاجر بالامن وعدمه وحيث التفرقة حتي انهم عدوا السنين
قريبة في العقار وعشرة الايام التي هي قليل جدا كالكثير في الحيوان
فاجازوا شرط النقد في العقار علي ان يقبض الي سنين ولم
يجيزوا في مثل ذلك في الحيوان الا القصير لعشرة الايام فان قلت
هلا حملت هذا الكلام علي مقدار امد الاجارة لا علي الامد الذي
يكون قبض الشي المستاجر بعده قلت لو حملناه علي ذلك لما قصرنا
امد الاجارة علي عشرة ايام في الحيوان بل ولا عشرة اشهر بل يجوز
اكثر من ذلك نعم المختار عند المتاخرين التفرقة بين الرباع والحيوان
والثياب ويفرق ايضا في الرباع بين القديم والحديث منها وان
كان المتقدمون لم يفصلوا بين ذلك ولكن لم يذهب احد منهم
الي استكثار عشرة ايام في الحيوان وقوله ويصح بيعها الي ما ينقد
فيه • يعني ويصح بيع الرقبة علي ان تبقي بيد من استاجرها الي
انقضا اجل ما ينقد فيه من الاجارات اي ما يصح شرط النقد
فيه منها لقرب ذلك الاجل بخلاف بيعها علي ان تقبض الي الاجل
الذي لا يصح شرط النقد فيه منها لقرب ذلك الاجل بخلاف
بيعها لطول هذا النوع هذا النوع من الاجال وانما يجوز للبايع
ان يستثني من منافع المبيع ما قرب اجله لا ما بعد واطلاق
كلام المولف هنا يقتضي جواز بيع العبد المستاجر سنة او سنتين
علي ان يقبضه مشتريه بانقضا هذا الاجل لان هذا المقدار من المدة
يصح شرط نقد الاجرة فيه الا انه يعتذر عن المولف بانه قدم
قدم انهم استكثروا في الحيوان عشرة ايام وظاهر قوله منع ما ذكرنا
اجارته في العبد فلا يبقي للكلام معه في مسالة البيع معني وانما
يبقي الكلام معه فيما تقدم مما استخفوه واستكثروه وهذا الفرع

هنا

هنا دخيل لانه من كتاب البيع لا من كتاب الاجارة وقوله
ولا يجوز استيجار حايض علي كنس مسجد هذا اول الكلام علي ما يتعلق
بالقيد الرابع وهو قوله غير حرام ولا واجب فمنعه من استيجار الحايض
علي كنس مسجد متعلق بقوله غير حرام لان المشهور من المذهب منع
الحايض من دخول المسجد علي ما تقدم في محله فهذه المنفعة
لا يمكن استيفاوها من هذا الاجير الخاص الا بعد ارتكاب محرم
ولازم المحرم محرم وكما يمتنع استيجار الحايض علي ما ذكر فكذلك
يمتنع استيجار الطاهر علي ذلك مدة ياتيها فيها الحيض غالبا
هذا كله اذا قصد الي كنسها بعينها وان كان الكنس متعلق
بذمتها جاز وكذلك يلزم في الجنب والذمي وعكس هذا الاستيجار
المسلم علي كنس كنيسة ومثل هذا الفصل كثيرة كالدار لمن يعصر
فيها خمرا او غير ذلك مما نصوا عليه وقوله ولا يجوز استيجار
علي عبادة متعينة عليه كالصلاة والصوم • هذا وما عطف عليه
ما يتعلق بقوله ولا واجبه الا انه عند ذكر القيود لم يجر ر
العبادة هناك وحررها هنا الا تري ان المنع هنا متعلق
علي تعين العبادة لا علي وجوبها ولا يلزم من تعين العبادة وجوبها
لان اكثر مندوبات الصلوات متعينة كصلوة الفجر والوتر
وكذلك كصيام يوم عاشورا ويوم عرفة فهذه يمتنع الاستيجار
عليها وان لم تكن واجبة لتعينها علي المكلف ومعني تعينها انه لا
يصح وقوعها من غير من خوطب بها فلو اجيز الاستيجار عليها
لادي ذلك الي اكل المال بالباطل وقوله وتقدم الحج • المحشي
ان نقض كلامه هذا باجازة الاجارة علي الحج اشار الي ان الحج قد
تقدم كلامه عليه وتقدم العذر عنه في محله وقوله بخلاف غسل
الميت وحمل الجنازة وحفر القبر • لما قدم ان العبادة المعينة
لا يصح الاستيجار عليها وذلك مطرد سوي ما استثناه من الحج بين

الدار

هنا انه منعكس وانه اذا فقد وصف التعيين من العبادة جاز الاستيجار
عليها الا ترى ان غسل الميت وما عطف عليه عبادات ولكنها لما لم
تتعين جاز الاستيجار عليها فان قلت هذا منقوض بصلاة الجنازة
فانها غير متعينة ولا يجوز الاستيجار عليها قلت لما كانت عبادة
بصورتها منع من الاستيجار عليها لغيرها من العبادات المشاركة لها
من الامتياز بالصورة بخلاف الغسل والحمل فان قلت لم عدل
المولف الى قوله وحمل الجنازة على ان يقول وحمله الذي هو اخصر
الا ترى انه عطف على قوله وغسل الميت قلت لعله فعل ذلك لان
اللفظ الذي عدل اليه هو المستعمل في حمل الميت الى موضع
الصلاة وموضع الدفن بخلاف حمله من بلد الى بلد وشبه ذلك
فان المستعمل فيه من الالفاظ حمل الميت والنوع الاول من الحمل
هو العبادة التي يتوهم امتناع الاجارة عليها فنبه المولف
على اباحته بخلاف النوع الثاني فانه لا يشك في اباحة الاجارة
عليه والله اعلم قلت وفي الامامة ثلاثة لابن عبد الحكم وابن
حبيب وغيرهما ثالثها ان كان على انفرادها لم يجز وان كان
مع الاذان او القيام بالمسجد جاز يعني انه اختلف المذهب
في اجازة الاستيجار على الامامة في الصلاة فاجاز ذلك ابن
عبد الحكم ومنعه ابن حبيب وفرق في القول الثالث وهو المنسوب
لابن القسم فان كان مع زيادة على الامامة كالاذان او القيام
بالمسجد جاز والا لم يجز وخالف المولف في هذا الموضع ترتيبه
المالوف منه في ذكر الاقوال وذلك ان عادته ان يرتب القول
الثالث على وجه تكون اجزاوه دالة على القولين السابقين
عليه فيجعل الجزء الاول من اجزايه هو القول الاول او دالا عليه
ويجعل الجزء الثاني هو القول الثاني او دالا عليه فعلى هذا بنى
كلامه في هذا الكتاب وهو حسن منه الا انه خالف تلك العادة هنا

لكن

لان الجزء الاول من القول الثالث هو مذهب ابن حبيب وهو القايل بالقول
الثاني بعدم الجواز والجزء الثاني من القول الثالث هو مذهب ابن
عبد الحكم وهو القايل القول الاول فان قلت هل مراده بالامامة
في الفريضة والنافلة معا او في الفريضة وحدها قلت
ذكره في القول الثالث الاذان والقيام بالمسجد قرينة دالة
على ان مراده الفريضة لا النافلة وفي المذهب قول بالتفرقة
بين النافلة والفريضة فتجوز في الاولى وتمنع في الثاني وسكوت
المولف عن حكم ما عدا الامامة يوهم اجازة الاجارة على الاذان
باتفاق ولا سيما وقد جعل في القول الثالث اقتران الاذان
بالامامة مبيحا اذ ذلك ابن حبيب اعني من الاجارة على انفراده وهو
الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم واتخذ مودنا لا يبتغي على اذانه
اجرا ثم هذا الخلاف الذي ذكره المولف انما نقله المتقدمون
في الذي ياخذ الاجرة من الناس الذين يستاجرونه على ذلك
من اموالهم والظاهر ان ما يوخذ على ذلك من بيت المال او من
الاحباس انه اخف وان فارى امر الكراهة ولا ينتهي الى
التحريم وقوله وفيها ويجوز الاجارة على الاذان وعلى الاذان
والصلاة معا نقل المولف هذه المسالة من اول كتاب الصلاة
الاول على عادته فيما ياتي به من مسايل المدونة وذلك ان
هذا الموضع يوهم جواز الاجارة على الصلاة بانفرادها لان
الاجارة على الصلاة لو لم تكن جايزة لكان ضمها الى الاذان
في عقد واحد ممنوعا لامتناع اجتماع الحلال والحرام في صفقة
واحدة فكان ظاهر المدونة عنده موافق للقول الاول والمنسوب
للمدونة انما هو القول الثالث وذلك لما في اخر كتاب الصيام
وهو قوله ولا يوم احد باجارة في قيام رمضان ولا في الفرايض
وقال في كتاب الجعل ولم ير مالك الاجارة في الحج وعلى الامامة

للاجارة وكذلك تعقيب هذا الكلام بما في المدونة وقد مع ... من كلام [illegible]

في الفرض وفي النافلة وفي قيام رمضان وحيث نسبنا الى المدونه المنع
قيل هو على الكراهة كما في هذا الموضع او على التحريم ويحمل الكراهة عليه
فيه تردد وكذلك اختلف الشيوخ اذا اجزنا الاجارة على الامامه والاذان
معًا او على الاذان مع القيام بالمسجد فمنع الامام مانع من الصلاة هل يسقط
له شي من الاجرة بسبب ذلك فيه خلاف بينهم **وقوله** وكره اجارة
قسام القاضي • اتى المولف والله اعلم بهذا الفرع باثر مسلة المدونة
وكذلك هو في المدونه وكانه فهم منه المعاوضة لما قبله لان الصلاة
عبادة محضة وكذلك الاذان والقسمة عمل دنيوي فهي كالخياطة
وغيرها من الصنايع ولعله في المدونة راى ان معظم القسمة
علم لا عمل وايضا فانها كالولاية على الناس فتمتنع الاجارة عليها من الناس
كالقضا وغيره واما الصلاة والاذان فلتكرارها في كل يوم خمس
مرات مع مراقبة الاوقات وذلك قاطع عن المعاش فلو لم تجز الاجارة
عليها لادى ذلك الى الحرج والى تعطيل المساجد وفي كتاب الجعل
وكره مالك اجارة قسام القاضي وحسابهم وقال قد كان خارجة
ومجاهد لا ياخذان لذلك جعلا وقال في كتاب الاقضية وكره
مالك اجارة قسام القاضي وانا ارى ان وقع ذلك ان يكون
على عدد الروس لا على قدر الانصبا اذا لم يشترطوا بينهم شيًا
وقال في كتاب القسم واكره لقسام القاضي والمغنم ان ياخذوا
على القسم اجرًا لانه انما يفرض لهم من اموال اليتامى وساير الناس
كما اكره ارتزاق صاحب السوق من اموال الناس وان كانت
ارزاق القاسم من بيت المال جاز ولا باس ان يستاجر اهل مورث
او مغنم قاسما برضاهم واجر القاسم على جميعهم من طلب القسم منهم
ومن اباه وكذلك اجر كاتب الوثيقة وقاله مالك في قوم ارادوا
اخذ مال لهم عند رجل فيستاجرون من يكتب لهم كتابا له ولهم
فاجره عليه وعليهم على ان المذهب اضطرب في مسلة الكتب هذه

فقيل

فقيل لا يكون على الدافع شي وقيل كل الاجارة عليه وقد نقلت هذا
الخلاف من حفظي فتامل كيفيته في الكتب المشهورة وقيل ايضا ان اجرة
القاسم على قدر الانصبا **وقوله** ولا باس بما ياخذ المعلم على تعليم
القران وان لم يشترط وان شرط شيا معلوما جاز • يعني ان
الاجارة على تعليم القران جايزة ابتدا وقد منع من ذلك جماعة وحجة
من اجاز قوله صلى الله عليه وسلم ان احق ما اخذتم عليه اجرا كتاب
الله وحديث ابي كعب في القوس ليس بالقوي والحديث الاول
في الصحيح انهم اجازوا له الاجر بشرط معلوم او بغير شرط فان
قلت ما الذي افاده قوله وان شرط شيا معلوما بعد قوله وان
لم يشترط الا ترى ان ذلك دليل على ان له الاجرة اذا لم يشترط
قلت مقصوده بالكلام الاول جواز اخذ العوض سوا تقدم
بينهما شرط او لم يتقدم شرط اجرة وبتقدير ان يتقدم شرط فلا فرق
بين ان يكون ذلك العوض المشترط معلوما او مسكوتا عن مقداره
ولما كان مقصود المولف من ذكر هذه المسلة هنا هو بيان ان
القران من العبادات التي يجوز اخذ الاجرة على تعلمها واستتبع
الكلام على ان العلم بمقدار العوض غير مشترط لم يتكلم على كيفية
الاستيجار على ذلك هل بالحذاق والاجزا او بالمدة او بكل واحد
منهما على ان ذلك مما يتعلق بالعقد الاتي فلذلك اضرب عن كثير من
فروع الاجارة على تعليم القران **وقوله** ولا بد من بيان المنفعة
اذا كان فيها ما تقع المشاحة به • هذا اول الكلام المتعلق بالقيد
الاخير وهو كون المنفعة معلومة ثم كلام المولف محتمل لان يريد به
جنس المنفعة ويحتمل ان يريد مقدارها ويحتمل ان يريد الامرين
كما في اجير الخدمة اذا امكن ان تقع المشاحة في نوع ما يستخدم
فيه او في مقداره وقد يترجح حمل كلامه هذا على المعنى الاول
ويحتمل ما بعد هذا على المقدار واما قوله ما لم يكن عرف وتقييد

فمعناه ما لم يكن هناك ما يرفع النزاع بين الاجير والمستاجر من عرف وشبهه ويقع في بعض النسخ عرف بقيد بريد به عرفا منضبطا فانه لا يقيد الا كذلك فان لم يكن منضبطا لم يلتفت اليه ويقع في بعضها ما لم يكن عرف وتقييد بواو لعل هنا تاء مثناه من فوق مفتوحة ومعناه قريب من الاول اي تقييد ذلك العرف لانضباطه ويقع في بعضها مثل هذا الوجه الا انه بضم التاء فيكون على هذا الوجه اول المسلة التي تليها اي وتقييد المنفعة في الاجارة ثم اخذ يقسم ما تقيد به فقال فان كان استصناعا قيد الزمان او بمحل العمل كخياطة يوم او ثوب معين ان كان العمل المستاجر عليه صنعة فانها تتقيد اما بزمانها ان كانت غير معينه او بمحلها ان كان محلها معينا ومثل ذلك بما ذكره واو في الموضعين للتفصيل والاول من المثالين راجع لما ينعقد بالزمان والثاني منهما راجع لما ينتقيد بمحل العمل وكذلك ركوب الدابه فانه يتقيد بالزمان ويتقيد بالوصول الي غاية معينه في المضمون والمعين **وقوله** فان جمع بينهما فسدت يعني فان جمع بين الوجهين اللذين يكون بهما التقييد لخياطة ثوب معين او الركوب الي بلد في يوم فانه يفسد عقد الاجارة لما يلحقه من الغرر هكذا ذكر المولف ولم يحك فيه خلافا والذي قاله من يرضى من الشيوخ انه ينقسم الي ثلاثة اقسام لان الزمان الذي قيدت به المنفعة يتسع بحيث يكون اوسع من العمل بكثير او يضيق عنه عادة او يكون مقدار العمل والاول لا يختلف في جوازه والثاني لا يختلف في منعه وفي الثالث قولان نعم اختلفت حكايات الشيوخ للمشهور فمنهم من عينه في المنع ومنهم من اشار الي انه الاباحة واحتج بمسايل وقعت في المدونة منها المسلة التي قدمها المولف قبل هذا في الاستيجار على بيع نصف ثوب بنصفه في البلد اذا ضرب الاجل ومنها ما قاله في كتاب الرواحل وان اكتريت ثورا ليطحن لك

كل يوم اردبين بدرهم فوجدته لا يطحن الا اردبا فلك رده وعليك في الاردب نصف درهم وكذلك قال بعض بعد هذه المسلة هناك ومن اكترى ثورا ليطحن كل يوم اردبا فطحن عليه اردبين فعطب الثور فلزمه ان شا كرا الاردب الاول وقيمة الثور وقت ربطه في الثاني وان شا قيمه طحين الثاني ما بلغ مع الكرا الاول فهذه المسايل واشباهها مما تمسك به من راي ان المشهور الجواز ولها نظاير خارج المدونة **وقوله** وفي التعليم بالزمان او بحصر ما يعلم لا يريد بهذا الكلام الاجرة على تعلم القران بخصوصيته بل المسلة اعم من هذا ومن تعليم الصناعات فكما يجوز استيجار معلم على تعلم الصبي شهرا او سنة وعلى تعليمه سورة معينه او جزءا كذلك من ثلث او ربع كذلك يجوز استيجار معلم على تعلم صغير او كبير الخياطة شهرا او سنة او على ان يبلغ في صنعة الخياطه الي حد يذكرانه ولا بد من اختبار حال المتعلم اذا كانت الاجارة على تعليم جزء من القران او سورة وكذلك اذا كانت الاجارة على تعليم حد معلوما من الصناعة كسرعة تعليم الحاذق وبطو تعليم البليد **وقوله** ويلزم تعيين الرضيع والمتعلم ليس هذا من التعيين الذي فرغنا منه الان فان المقصود بذلك اختبار حال المتعلم والمقصود من هنا شيء اخر وهو ان الاصل في محل المنفعة عدم التعيين بخلاف فاعل تلك المنفعة فانه قد يتعين وربما قيل الاصل فيه التعيين وهذا هو مراد الفقها ان ما يستوفى به المنفعة لا يتعين بالتعيين كراكب الدابة على وجه وساكن الدار وما تستوفى منه المنفعة يتعين بالتعيين كالدابة بعينها والدار فنبه المولف هنا على ان ذلك الاصل مما يستوفى به المنفعة استثنوا منه الرضيع والمتعلم لعسر الكلف فيهما وتعذر المماثلة بين المتعلمين وكذلك تبعد المساواة بين الصبيان في الرضاع فحملوا لهذا النوع بالتعيين عند الاطلاق بل

جعلوا ذلك شرطا في صحة عقد الاجارة والحقوا ابن لك المهر بالنسبة على
من استوجر على رياضته اذا اكترى النخل على ان يتوي عليها مرات
معلومة فحملت قبل استيفا تلك المرات لعسر الخلف والاتيان بالامثال
وكان القياس ان ياتي الاب بصبي اخر في الرضاع اذا مات وكذلك في المتعلم
وفي المهر والرملة وربما زادوا الى هذه المسايل غيرها والنكتة في
ذلك هو ما قلناه من العسر ولما عدوا هذا المستثنى كاصل من الاصول
قالوا في مسلة كتاب البيوع الفاسدة اذا باع امة ولها ابنه ولد حر
رضيع وشرط عليهم رضاعه ونفقته سنة ان ذلك جايز اذا كان
ان مات الصبي ارضعوا له اخر بعد وهذه المسلة مخالفة للاصول
واحتاجوا الى طلب الاعتدار لها بسبب انهم شرطوا في صحتها ما عدوه
مانعا في غيرها **وقوله** بخلاف غنم ونحوها يريد فان الاصل فيها
عدم التعيين فان استوجر على غنم يرعاها لم تتعين لان بها تستوفى
المنفعة التي هي الرعي ولو جعل المولف هذه المسلة هي الاصل وقال
بخلاف الرضيع والمتعلم لكان اقرب الى اصطلاحهم لان مسلة الرضيع
والمتعلم وما ذكر معها هي التي خرجت عن الاصول فهي التي كان
ينبغي ان يقال فيها بخلاف كذا فان عادتهم انما يقولون بخلاف
كذا فيما هو في قوة المستثنى وانما يستثنون ما خالف القاعدة
وقوله فلو عينها ولم يشترط البدل ففي تعيينها قولان
ظاهر كلامه يقتضي ان رب الغنم والراعي اذا عينا غنم الرعاية على
خلاف هذا قال في المدونة ومن استاجرته على رعاية مائة شاة
ولم تقل باعيانها فمات بعضها فلك خلف ما مات وان لم تشترط
ذلك عليه فان كانت باعيانها فلا تجوز الاجارة حتى يشترطا انها
ان ماتت او باعها اخلف غيرها فانظر كيف جعل شرط الخلف معتبرا
في صحة العقد كما هو دليل على عدم التعيين والمولف اعتبره في عدم
التعيين وحده والقول الثاني من القولين اللذين ذكرهما المولف

والرملة

منها

هو مذهب

هو مذهب عبد الملك واصبغ وسحنون وابن حبيب وهو اجرى على
مقتضى الاصول قال ابن حبيب والامر على الجواز حتى يشترط تصريحا
ان مات او بيعت فليس عليه ان يرعى له غيرها فتفسد الاجارة
ولان الغرض في رعاية الغنم العدد لا الاعيان والذي فلنا من القولين
بان شرط التعيين صحيح وكذا فهم الاكثرون المدونة واستصوبوا
قول ابن الماجشون ومن وافقه وفهم القاضي الباجي ان المذهب
على ما قاله ابن الماجشون وان شرط الخلف الذي ذكر في المدونة
انما اراد به رفع اللبس عن العقد لا ان العقد يفسد عند عدم ذلك
الشرط وهو بعيد عن لفظ المدونة وهو على بعده مخالف لما ذكره
المولف فلا يقال ان المولف قد وافقه فان قلت هذا القول
الذي انكرته على المولف وهو ان الغنم تتعين ويلزم شرط التعيين
فيها ولا يفسد العقد بذلك قد حكاه اللخمي وزاد قولا رابعا
وهو ان قرب امد الاجارة جاز وان بعد لم يجز واختار
هو قولا خامسا ان يجوز فيما قرب ويفصل فيما بعد فان كان
الشرط من رب الغنم جاز لانه يكره ان يتكلف الخلف وان
كان الشرط من الراعي كان فاسدا قلت لم ننكر على المولف
نقل ذلك القول وانما انكرنا عليه الاتفاق ايهام الاتفاق
على جواز الكرا بهذه الصفة واقل ما كان ينبغي له ان يفعل
هو ان ينبه على مسلة المدونة واما اطراح مذهب ابن القسم على
شهرته فلا معنى له واللخمي لما نقل ذلك القول لم يسم قايله واتى
به بعد ما اتى بقول ابن القسم **وقوله** وعمل في الدهان وغسل
الخرق وغيره على العرف وقبل الظير يعني ان والد الصبي اذا
اختلف مع الظير في الدهان وغسل الخرق وشبه ذلك ولم يكن
بينهما شرط فانه يكون على مقتضى العرف انه يكون عليه
منهما فان لم يكن هناك عرف فقولان احدهما ان ذلك على والد

علي

الصبي والثاني انه على الظير وفي كلام المولف اجمال من وجهين احدهما
ان كلامه يشعر بان القولين حيث يدل العرف انه على احدهما وليس
كذلك الا انه قد يجاب عن هذا بان الظاهر لا يمكن ارادته لان
العرف كما قد يدل على اجميع ذلك على والد الصبي فقد يدل ايضا
انه على الظير ولما لم يعذر حصول الخلاف في هذا الوجه فكذلك
في مقابله وهو ما اقتضى العرف ان ذلك على والد الصبي ويبقى
محل الخلاف حيث لا عرف والوجه الثاني من الوجهين المذكورين
ان كلام المولف يقتضي ان الخلاف حاصل في الدهان وانما
هو فيما عداه وذلك انه قال في المدونة ومحلان فيما يحتاجه
الصبي من المؤنة في غسل خرقه وحميمه ودهنه ودق ريحانه
وطيبه على ما تعارفه الناس قال ابن حبيب وان لم يكن عرف
فليس عليها غير الرضاع فقط الا ان يشترط ذلك قال ابو محمد
قال ابن عبد الحكم على الظير المستاجرة ان تغسل خرق الصبي
ولحافه وما يحتاج اليه وتدق ريحانه وتقوم من امره بما تقوم
به الام وتوضيه ان احتاج الى ذلك وتحمله الى الطبيب ان
احتاج الى ذلك ويمكن ان يجاب عن هذا بانه لعل المراد
من الدهان المصدر الذي هو فعل الدهن لا الشي الذي يكون
به الدهان فان ذلك على الاب وعلى هذا التقدير فيكون الخلاف
حاصلا في جميع ما ذكره المولف قال ابن عبد الحكم فاما ما تزفد فيه
الظير من لحاف وفراش فذلك على ما تعارفه الناس فان لم يكن
عرف فذلك عليها ويكون على الاب لحاف الصبي ودثاره مما يرقد
فيه **وقوله** وتعيين الدار والحانوت والحمام وشبهها يعني ان
الربع مخالف لغيره مما يكتري فان الربع على اختلاف انواعه لا بد
من تعيينه ولا يصح ان يكون مضمونا لاختلاف الاغراض فيه وتباينها
جدا كما في البيع واما الدواب والسفن فانه يصح ان تكون معينة

ومضمونة قال ابن المواز فان وقع على الاطلاق حمل على المضمون حتى يدل
دليل على التعيين قال ولو اكتري منه على ان يحمله الى بلد كذا
على دابة او سفينة وقد احضرها ولا يعلم له غيرها ولم يقل له احملني على دابتك او سفينتك هذه فهلكت بعد ان ركب فعلى الكري ان
ياتيه بداية او سفينة غيرها ويحمله وذلك مضمون حتى يشترط
شرطا انما اكري منك هذه بعينها فينفسخ الكرا بهلاكها او
بما او يكون بصف السفينة او بعينها فيكون كشرط التعيين
لكن قد وقع لهم في اختلاف المتكاريين قبل الركوب او بعده وبعد
موت الدابة فيقول احدهما دخلنا على التعيين ويقول الاخر على
عدمه ما يدل على خلاف هذا فقف على محله من العتبية وكلام ابن
رشد **وقوله** وتقييد بمدة تبقى فيها غالبا يعني ان من شرط صحة
الاجارة ان تكون مدة المنفعة مما يصح استيفاؤها من الرقبة
المعينة وهذا لا شك انه في الكرا المعين ولا يجوز ان تكون
المدة اوسع من الزمان الذي تبقى اليه الرقبة وتعيين ذلك يختلف
باختلاف الذوات فليس الدواب كالرقيق ولا الرقيق كالعقار
وكذلك انواع الدواب فليس الخيل كالبغال وكذلك انواع العقار
فليس الدور القديمة كالارض البراح قال في كتاب بيع الغرر
تجوز اجارة العبد عشر سنين وقال في كتاب الجعل لا باس
باجارة العبد عشر سنين وخمس عشرة سنة وجواز ذلك في
الدور ابين والموصي له بخدمة عبد عشر سنين لا باس ان يواجره
وقال غيره لا تجوز اجارة العبد السنين الكثيرة لما في الحيوان
من سرعة التغير وهو في الدواب ابين عذرا وقال في
اكرية الدور ولا باس بكرا دار او رقيق عشر سنين ويعجل
النقد وقال اكثر الرواة ان بعد الاجل في الرقيق خطر
وقوله وينتقد ان كان لا يتغير غالبا يريد وحيث اجزنا الكرا

فلا يلزم عليه جواز شرط النقد بل يختلف الامر في جواز شرط النقد باختلاف حال الرقبه في البقا على الحال التي كانت عليه يوم العقد وفي التغيير
ولا يجوز من شرط النقد الا ما يدل العرف على ان الذات تبقي مقدار ما ينابه من المدة وبالجملة ليس كل مدة جاز العقد عليها يجوز شرط النقد
فيها ولذلك جعل المولف بقا الذات شرطا في المسلة الاولي وجعل
في هذه بقا الصفة شرطا **وقوله** ولم يسم لكل سنة جاز كالاشهر
من السنة• يريد وحيث اجزنا الكرا الي مدة معينة وكانت تلك
المدة سنين سوا اجزنا شرط النقد فيها او لم نجزه فانه لا يحتاج
مع ذلك الي تسمية ما يخص كل سنة منها وان اختلفت الاغراض
في السنين كما انه لا يحتاج الي تسمية ما يخص كل شهر من السنة
اذا كان امد الكرا سنة وان كانت الاغراض تختلف باختلاف
الاشهر منها بل قد يكون المقصود من السنة كلها شهرا او اشهرا
مخصوصة لدو رمكة كما اشار اليه في المدونه وهذا كما يجوز
جمع السلع المختلفة القيم في البيع وان لم يسم ما لكل واحدة منها
من الثمن فان **قلت** هل في كلام المولف ما يدل على ان المتكاريين
اذا سميا ما لكل سنة من الاجرة انه يلزم ذلك عند موت
العبد او استحقاقه او انهدام الدار ونحوه **قلت** في كلامه
ما يوهم ذلك ولكن المذهب انه لا ينفعهما ذلك كما في السلع في
البيع وان كان قد وقع لبعضهم في مسلة جمع الرجلين سلعتيهما
في البيع ما يوهم خلاف ما قلناه ولكن ذلك مع تقويم المقومين
لا بمجرد تسمية البايعين والمشتري فتامله **وقوله** او بتقييد بكل
شهر او سنة بكذا فتصح ولا تلزم وقيل تلزم في المذكورة• لما
قدم الكلام على كرا الوجيبة شرع في الكلام على كرا
المشاهرة وهذا الكلام معطوف على قوله وبتقييد بمدة ومعني
هذا الكرا عند اهل المذهب ان الساكن التزم سكني الدار على

ام

انه يودي بحساب دينار مثلا لكل شهر او سنة ولا يلزمه شهر
ولا سنة وقيل يلزمه في المشاهرة شهر وفي المسانات سنة سكن شيئا
منها او لم يسكن وهذا هو مراد المولف بقوله في المذكورة فيما نطقا
به من شهر او سنة في اول ما ينطلق عليه اللفظ وقيل لا يلزمه شي مثل
القول الاول حتى يسكن زمنا ما فيلزمه شهر في المشاهرة او سنة
في المسانات **وقوله** فلو نقد مبلغا لزمت فيما يقابله اتفاقا• يعني
ان المنقود من الكرا يكون قرينة في القدر الذي يلزم من الكرا فان
كان مقدار شهر لزم وان كان اكثر منه فكذلك وان كان اقل
من شهر لزم مقداره على المشهور وظاهر كلام المولف وكذلك على القول
الثاني لقوله فيما يقابله اتفاقا وظاهر كلام غيره انه يلزمه شهر على
القول الثاني وانه لا يحل الكرا ولا يكون احدهما مخيرا فيما بينه
وبين الشهر وكذلك ينبغي على القول الثالث اذا كان المنقود
مقدار شهر ونصف مثلا لزمه شهران قال ابن حبيب اذا قال
اكريك كل شهرا او في كل شهرا او الشهر بكذا فالشهر الاول في هذا
لازم لهما وما زاد عليه فلكل واحد ان يخرج متى شا الا ان يكون
شرط الا يخرجه او ينقده جميع الكرا فيلزمه تمام المدة وقاله
مطرف وابن الماجشون ورواه عن مالك وجرد لبعضهم من الخلاف
اذا قال هذه السنة او هذا الشهر او سنة كذا او عدد ذلك
فقال سنتين او ثلاثا او اتى بحرف الغاية فقال الي اجل كذا
ففي هذه الصورة يتفق على لزوم الكرا في القدر الذي سمياه قال
والخلاف في ثلاث صور اذا قال سنة بدرهم او كل سنة بدينار
او السنة بدينار قاله ابن سهل ورايت في حاشيه لبعض
شيوخنا ان قال اكريك السنة بكذا بالنصب كان سنة لازمه
وان قال اكريك السنة بكذا كان مثل قوله كل سنة بكذا على رواية
ابن القسم قال وهو ان شا الله حسن" قال ابن رشد ولا وجه لاستحسانه

عندي لانه اذا انصب احتمل لزوم السنة واحتمل حساب السنة
فيجب الحمل على عدم اللزوم لان الاصل براة الذمة واما اذا رفع فلا
اشكال ولم يتكلم ابن القسم عليه **وقوله** واذا لم يعين ابتدا المدة
حمل من حين العقد يعني اذا قال اكتري شهرا او سنة ولم يبين اولها
حمل ذلك على ان اولها من حين عقد الا انه لو لم يحمل على ذلك لادي الى فساد
العقد لان الكرا لا يجوز على سنة غير معينة قال ابن رشد وقال
من اراد ان يعرب ان الكرا اذا عرف يتكرر واذا تنكر لتعرف
قال وذلك قول فيه نظر لانه اذا قال اكري كل السنة كل شهر
بكذا لزم كرا السنة لتعريفها وانما لزم الكرا اذا قال اكري كل
سنة وان تنكر وتذكر ما قلناه في توجيه كلام المولف قال في المدونة
عن ابن القسم ومن اكتري دارا سنة او سنتين ولم يسم متى يسكن
جاز وسكن او يسكن غيره متى شا ما لم يات من ذلك ضرر
بين على الدار **قال** ابن يونس يريد ضررا في السكنى ويحتمل عندي
ان يريد خلاف ما نص عليه مالك في المختصر ان اغلقها المكتري
وخرج فذلك له وليس لصاحب الدار ان يقول تخرجها على ثم قال
ابن القسم في كتاب المدبر والسنة محسوبة من يوم العقد وقال
مالك ايضا في كتاب اكرية الدور ان كان الشهر تسعة وعشرين
يوما وقد اكراها في راس الهلال فله الشهر كاملا ومن اكتري
دارا سنة بعد ان مضت عشرة ايام من الشهر حسب احد
عشر شهرا بالاهلة وشهرا على تمام عدد الايام ثلاثين يوما كالعدة
والايمان **وقوله** ولو لم يعين في الارض بنا ولا زراعة ولا غرسا
ولا غيره وبعضه اضر فله ما يشبه وان اشبه الجميع فسد
يعني ان عين المتكاريان ما يصنع في الارض فلا اشكال في صحة
عقد الكرا وان لم يعينا شيا مما ذكر ولا من غيره وكان
هناك عرف تعين ما دل عليه العرف وان لم يكن هناك

عرف او كان العرف دائرا بين نوعين فاكثر وكان بعضها اضر
من بعض فسد العقد وقد وقع في المدونة ما ظاهره خلاف هذا قال
ولا باس بكرا حانوت لا يسمي ما يعمل فيه وله ان يعمل فيه حدادا
او قصارا او طحانا اذا لم يضر ذلك بالبنيان وان كان ضررا بالبنيان
او فسادا على الحانوت لم يكن له ان يعمله قال ومن اكري حانوته
من رجل فاذا هو حدادا او قصار لا ضرر في عمله على البنيان الا
انه يفسد الحانوت فكره رب الحانوت تقذيره فله منعه لان فيه
ضررا عليه وقال غيره اذا كانت الاعمال تتفاوت ضررها
واكريتها لم يجز كراوها الا على شي معروف يعمل فيه وان لم
تختلف فلا باس به فانظر ليف فهم غير ابن القسم من كلام ابن القسم
مثل ما اشرنا اليه ولهذا لم يجز ابن القسم في كتاب اكرية الرواحل
كرا الدابة حتى يسمي ما يحمل عليها لتفاوت ضرر الحمل **وقوله**
ولو سمي صنفا يزرعه جاز مثله ودونه • هذا ظاهر اذ لا ضرر في
ذلك على رب الارض الا مثل الضرر الذي دخل عليه او دونه
وهكذا قال ابن القسم في المدونة فيمن اكتري ارضا ليزرعها عشر
سنين فاراد ان يغرس فيها شجرا فان كان ذلك اضر بها منع
والا فله ذلك كحمله على الراحلة غير ما اكتراها له وان اكتراها
ليزرعها شعيرا فاراد ان يزرعها حنطة فان كان ذلك اضر
بالارض منع وله ان يزرع ما ضرره كضرر الشعير فادنى وتردد
بعضهم اذا اذن له فيما هو مخالف لما عقد عليه هل يمنع كالمكتري
راحلة الى بلد فصرفها الى غيره باذن ربها **وقوله** ولا يلزم
تعريف قدر البنا وصفته بخلاف البنا على الجدار • يعني ان من اكتري
ارضا ليبني فيها فله ان يبني فيها ما احب ولا يلزم في عقد الكرا
التعرض الى المقدار ولا الى الصفة ويلزم ذلك فيمن اكتري
جدارا ليبني عليه والفرق بينهما ظاهر لضرر رب الجدار بكثرة

البنا على جداره ولا ضرر على رب الارض في الكثوه **وقوله** وفي الدواب للركوب بتعيينها وفي الذمة بتبيين الجنس والنوع والانوثه ولا يتعين الراكب • يعني انه يتعين الكرا في الركوب ان كانت معينة فيتعينها للمكتري وظاهر كلامه انه اكتفى بهذا القدر وينبغي ان يختبرها الراكب فينظر سيرها في سرعته وبطيه فرب دابة كما قال مالك المشي خير من ركوبها وان كان الركوب مضمونًا فلا بد من الامور التي ذكرها المولف لاختلاف الاعراض باختلاف هذه الاوصاف ولا يلزم تعيين الراكب في الوجهين المعين والمضمون **وقوله** ولو عين لم يلزم تعيينه وحمل مثله فادنى واستثقله مالك في الدابه خاصة الا ان يموت او يبدو له قال بن القسم والثوب يلبس مثله • يعني فلو عين قابض المنفعة لم يتعين وله ان يستوفي هو بنفسه كما شرط او من يستوفيها بشرط ان يكون مثله فدون الا ان مالكا كره ذلك في راكب الدابه خاصة ما لم يدع الي استبداله ضروره كموته او تبدل نيته في السفر فيجوز له ان يكريها من مثله فدون والحق بن القسم الثوب يجري للباس بالدابه فيما يكره ويجوز وهذا الذي ذكره في الثوب ربما فهم من المدونه خلافه قال فيها عن بن القسم وان استاجرت ثوبا تلبسه يوما الي الليل فلا تعطه غيرك يلبسه لاختلاف اللبس والامانه فان هلك بيدك لم تضمنه وان دفعته الي غيرك كنت ضامنًا ان تلف فظاهر هذا انه يخالف للدابه اذ لا ضمان في الدابة اذا دفعها لمن هو مثله لكن قال سحنون اذا دفع الثوب الي من هو مثله لم يضمن قال ومسلة الفسطاط هي الاصل قال بن القسم وقد كره مالك لمكتري الدابه لركوبه كراها من غيره كان احف منه او مثله فان اكراها لم افسخه وان تلفت لم يضمن اذا كان اكراها فيما اكتراها فيه من مثله في حاله وامانته وخفته ولو بدا له عن السفر او مات الزيت من مثله

وكذلك الثياب في الحيواه والممات فهذا الموضع الاخير من المدونة هو الذي حكاه المولف ومسلة الفسطاط التي احتج بها سحنون هي ما قاله بن القسم في المدونة وان اكتريت فسطاطا الي مكه فاكريته من مثلك في حالك وامانتك ويكون صنيعه في الخبا كصنيعك وحاجته اليه كحاجتك فذلك جايز والذي ذكرناه هنا عن المدونة هو قوله في كتاب الجعل وذكر في كتاب الكريه والرواحل في مسلة الدابة قريبا منه وزاد واكثر قول مالك انه له في حياته ان يكريها من مثله في حاله وخفته **وقوله** وتعين المحمل او بوصف والمعاليق مثله • ظاهر كلامه ان المحمل هو ما يحمل فيه فيلزم تعيينه او وصفه لاختلاف الاعراض فيه بحسب ضيقه واتساعه والمعاليق ما يريد المكتري على حمل الدابه وظاهر كلام المولف فيها ايضا انه لا بد من تعيينها او وصفها وقال في المدونة واما زيادة الحاج في وزن الزاملة اكثر من شرطه مما يعطب في مثله فقال مالك ليس لغيره وقد عرفت للحاج زيادات من السفر والاطعمة لا ينظر فيها المكاري ولا يعرف ما حمل فلا ضمان عليه في ذلك فان قلت هذا الذي ذكرته عن المدونه انما هو في حكم الضمان والذي ذكره المولف في جواز فعل ذلك ابتدا وهل عليه في الزيادة كرا اولا **وقلت** كلام بن القسم ومالك عام في الجميع فتامله **وقوله** فان كانت عادة لم يحتج في الجميع • اي في المعاليق والمحمل وهو ماخوذ من الكلام الذي حكيناه الان عن المدونة **وقوله** واما السير والمنازل فالعرف كاف • اي مقدار السير كل يوم وكيفيته كذلك السير من العجلة والبطء والمقام في المنزل فان العرف يكفي ان وجد والا فلا بد من البيان في عقد الاجارة **وقوله** والحمل برايه المحمول او كيله او وزنه او عدده فيما لا تفاوت فيه • يعني

ان الحمل في الكرا يتقيد اما براية المحمول وهو ظاهر او كيله او وزنه بعد العلم بجنسه و لذلك عدده بشرط التساوي او التقارب فيما بين المعدودات ولا يجوز الكرا على ان يحمل عليها ما احب المكتري قال بن القسم في المدونة ومن اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها لم يجز الا من قوم قد عرف حملهم فذلك لازم على ما عرفوا به من الحمل وان غيره ولو سمى حمل طعام او بز او عطر جاز وحملها حمل ما شيت لم يجز لاختلاف ضرر الاشيا في الحمل **وقوله** ولا توصف الدابة الا في مثل زجاج ونحوه • يريد ان الدابة التي تكرى ليحمل عليها لا للركوب فانه لا يحتاج الى وصفها لعدم اختلاف الاعراض في ذلك الا ان يكون المحمول عليها مما يفسد بسقوط الدابة كالزجاج والدهن وشبههما فيحتاج الى تعيينها او وصفها لتعلق الاعراض بذلك **وقوله** وللحراثة بتعريف صلابتها وبعدها • يريد وتتقيد الارض للحراثة بتعريف صلابتها ورخاوتها وقربها وبعدها وفي ذكر البعد والقرب هنا دليل على جواز كراها على الصفة كالبيع وقد نص على ذلك في المدونة اذا اكترى دارا في غير بلده **وقوله** وعلى مكري الدابة البردعة وشبهها والاعانة في الركوب والنزول ورفع الاحمال وحطها بالعرف • لا اشكال انه ان وجد عرف فالمعول عليه وان لم يوجد فقال بعض الشيوخ لا يلزمه الا مقتضى اللفظ واشار الى ان البردعة والحبل لا يتناولها اللفظ ولذلك اعانة الجمال في الركوب والنزول ورفع الاحمال وحطها ان لم يكن هناك عرف لم يلزم الجمال واشار الى انه وقع في المدونة خلاف هذا وهو قوله ولا باس ان تكترى ابلا من رجل على ان عليك رحلتها فظاهره انه لولا الشرط لكان ذلك على رب البعير الا ان التحقيق كما قدمناه قبل هذا ان الشروط كما يستفاد منها انتفا المشروط لانتفا شرطه في غالب

الحال

> مثلها ولو قال احمل عليها حمل مثلها

الحال فقد ياتي بها لرفع اللبس والنزاع وهذا هو الغالب من الشرط عند الموثقين فلا يستدل بانتفا هذا الشرط على انتفا مشروطه **وقوله** واذا فني الطعام المحمول رجع في بدله الى العرف • يعني اذا اكترى على حمل وزن معلوم او كيل من طعام فكان ياكل منه ويعلف واراد بدل ما نقص منه وابى عليه الجمال رجع في ذلك كله الى العرف وسكت عن الحكم اذا لم يكن عرف وقال غير بن القسم في المدونة فان لم تكن لهم سنة فله حمل الوزن الاول المشترط الى تمام غاية الكرا وعلى هذا ما اذا اكترى منه على خمس ماية رطل لحملها فاصابها المطر فزاد وزنها قال سحنون اذا زاد فكانه لبس بعينه فلا يلزمه الا حمل خمس ماية رطل فان نقص منه حتى صار الى الوزن المشترط لزمه والا لم يلزمه **وقوله** ويوفر المستاجر على العرف لنزع الثوب ليلا وفي القايلة • هذا الفرع مما ترك فيه ظاهر اللفظ لمعارضته العرف فان من اكترى ثوبا ليلبسه هذا الشهر فمقتضى اللفظ انه يلبسه ليلا ونهارا ولكن العرف دل على انه لا يلبسه عند النوم وكذلك الطيلسان ينبغي ان يترك لباسه في داخل المنزل وكذلك النعل والمرجوع في هذا كله كما قاله المولف الى العرف ومما يرجع فيه الى العرف في هذا الباب في المكان كما انه يرجع الى العرف في الزمان ما قاله بعض الشيوخ من اكترى ابلا على متاع دواب الى موضع وفي الطريق نهر لا يجاوز الا على المركب قد عرف ذلك كالنيل وشبهه ان جواز المتاع على ربه والدواب على ربها وان كان يخاض في المخابض فاعترضه خلاف لم يعلموا به فحمل المتاع على صاحب الدابة وتلك جايحة نزلت به وكذلك ان كان النهر شتويا يحمل بالامطار الا ان يكون وقت الامطار الكرا قد علموا اجريه وعلى ذلك دخلوا فيكون كالنهر الدايم

قوله والخيط على الاجير • هكذا رايته في بعض النسخ الاجير بقصر الهمزة وحروف الياء باء بعد الجيم ومعناه ان الخيط على الخياط لا على رب الثوب وفي بعض النسخ على الآجر بمد الهمزة وحذف الياء ومعناه ومعناه ان الخيط في الخياطة على رب الثوب وهو معنى ما في كتاب بن شاس قال الا ان تكون عادة ولا تختلف في اعتبار العوايد والعادة عندنا بتونس ان الخيط على الخياط الا ان يخاط الثوب بالحرير فيكون على مالك الثوب وينبغي ان يكون الحكم في الخيط عند عدم العادة على رب الثوب ومما يرجع فيه الي العرف ما قاله في المدونة ومن واجرته على بناء دار فالاداة والفوس والقفاف والما والدلا على على ما تعارف الناس انه عليه وكذلك حشيان التراب على حافر القبر ونقش الرحا على ربه قال وفي موضع اخر ومن واجر اجيرا للخدمة استعمله على عرف الناس من خدمة الليل والنهار ولمتاولته اياه ثوبا او الماني لليلة وليس فيما يمنعه النوم الا في امر يعرض له المرة يستعمله في بعض ليلة فلا باس بذلك **قوله** والاسترضاع لا يستتبع الحضانة ولا العكس • يعني ان من استاجر امراة ترضع ولده لم يلزمها ان تحضنه وكذلك ان استاجرها على حضانته لم يلزمها ارضاعه لان كل واحدة منهما حقيقة مستقلة بنفسها الا تري انه يصح اثبات احداهما مع نفي الاخرى من الجانبين وهذا اذا لم يكن عرف فان كان عرف باستلزام كل واحدة منها الاخرى او من احد الجانبين او كان هناك شرط صير اليه فان عقد عليهما معا فانقطع اللبن جري ذلك على مسايل الاستحقاق فان كان اللبن وجه هذه الصفقة فسخ الجميع او يكون لوالد الصبي الخيار في التمسك بالحضانة بما ينوبها من الثمن على وجه **قوله** واذا كان بالدار وشبهها ما يضر كالهطل وشبهه لم يجبر المالك وخير المستاجر وقيل يجبر وقيل ان كان لا تصلح للسكنى الا بازالته اجبر • هذا النوع

مما يحدث بالدار عندهم في حيز القليل والخلاف فيه كما ذكره العرف عند اهل زماننا انه يجبر رب الدار على القول الثاني فان سكت الساكن وتمادي على سكناه لزمه جميع الكرا فان كان ما حدث بالدار اقل من هذا مما لا مضرة فيه على الساكن الا انه ينقص من قيمة كرا الدار فلا خيار للساكن وتلزمه السكنى ويحط عنه ما حط ذلك من قيمة الكرا ان لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه اصلاحه فان سكت وسكن لم يكن له شي وان كان ادون من ذلك مما لا مضرة فيه على الساكن ولا ينتقص من الكرا شيئا كالشرافات فلا خلاف انه لا يحط عن المكتري من الكرا شي والكرا له لازم واما ما ذكره المولف من القول الثالث فخارج عن موضوع هذا الفرع لان كلامه اولا مفروض في الهطل وشبهه ثم ادخل في القول الثالث ان كان لا تصلح للسكنى ثم انه حكي في هذا القول انه يجبر على الاصلاح فيما لا يصلح للسكنى وقال القاضي بن رشد ان كان الهدم كثيرا فلا يلزم رب الدار الاصلاح باجماع قال وهو على ثلاثة اقسام احدها ان يعيب السكنى وينقص من قيمة الكرا ولا يبطل شيئا من المنافع مثل ان تكون الدار مبلطة مجصصة فيذهب تبليطها وتجصيصها فيكون المكتري بالخيار بين السكنى بجميع الكرا ويخرج الا ان يصلح ذلك رب الدار فان سكت وسكن لزمه جميع الكرا على مذهب المدونة خلاف رواية عيسى قال وقيل ان الحكم في هذا الوجه كالبيت ينهدم من بيوت الدار وهو بعيد والقسم الثاني ان ينهدم بيت من بيوت الدار فهذا يلزمه السكنى ويحط عنه ما ناب المنهدم والقسم الثالث ان يبطل منافع المستوفع الدار او منفعة البيت الذي هو وجهها كثرم او يكشفها بانهدام حايطها وما اشبه ذلك فهذا يخير المكتري بين السكنى والخروج فان اراد ان يسكن على ان يحط عنه من

الكرا ما ينوب المهدوم لم يكن له ذلك الا برضى رب الدار فان
رضيا بذلك جرى ذلك على حكم الرجلين سلعتيهما في البيع هذا معنى كلامه
وقد اطال الشيوخ في هذا الفصل وكلام القاضي ياتي على اكثره فلنقتصر
عليه **وقوله** فلو قال اصلحه وكان على المستاجر ضرر لطول المدة
او لما لا يحتمل من الضرر خير ايضا • يعني فان طلب رب الدار الاصلاح
والتمادي على عقد الكرا وكان على المكتري في ذلك ضرر بسبب
طول المدة واما الكثرة ما انهدم فان ذلك لا يسقط حق المكتري
مما وجب له من الخيار وهو ظاهر قال القاضي بن رشد وان بنى
المكتري الدار قبل ان يخرج المكتري منها لزمه الكرا ولم يكن
له ان يخرج واذا بناها بعد ان خرج لم يكن عليه الرجوع اليها
الا ان يشا وان سكن الدار مهدومة لزمه جميع الكرا
على مذهب بن القسم في المدونة خلاف رواية عيسى عنه **وقوله**
ولو فسد الزرع لجائحة فلا جرة لازمة • يعني فسد الزرع بسبب
جائحة من الجوائح المذكورة في كتاب الجوائح فلا قيام للمكتري
بذلك لحصول التمكين هنا وقيامه في البيع انما كان لدليل منفصل
نزل مقتضى الاصل والقياس لاجله **وقوله** فلو كان لكثرة دودها
او فارها او عطشها سقط الكرا • يعني فلو كان فساد الزرع بسبب
من جهة الارض كالدود والفار لم يكن لربها كرا وعدوا
ذلك ما نفا من تمكين المكتري من بقا الزرع وكذلك الحقوا
بهذا العطش وان لم يكن من الموانع الارضية وقالوا في كثرة
الما ان كان في ابان الحراثة وتمادى غرقها حتى خرج وقت
الزراعة فلا كرا وان كان انقطع قبل انقضا العطش الابان
او حدث بعد الابان لزم الكرا وفي معنى فساد الزرع بسبب
العطش ان يحصد منها ما لا بال له واختلف في تحديد هذا القليل
بخمسة فدادين وستة من مائة وقيل قدر الزريعة مرة وقيل قدرها

مرتين وقيل ينظر الى الاصابة المتوسطة فما نقص عنها نقص من الكرا
نسبته **وقوله** ولو انقضت المدة والزرع باق والامد بعيد
وكان ربه قد علم فلربها قلعه او ابقاوه بالاكثر من المسمى او كرا المثل •
يعني لو كان رب الزرع قد علم حين زرع ثانيا ان ما بقي من الاجل
لا يفي بطيب هذا الزرع وانما يطيب الزرع بعد تحتنيد يكون رب
الارض مخيرا على هذا المكتري بين ان يجعله كالغاصب فيامر بقلع الزرع
او يتركه حتى يطيب ويكون عليه الاكثر من المسمى اي نسبته او كرا
المثل **وقوله** وان كان ظن تمامه فزاد الشهر ونحوه فعليه نسبة
المسمى وقيل كرا المثل • يعني وان لم يكن متعمدا لذلك وانما ظن ان
الزرع يطيب عند انقضا الشهر الاجل فلم يطب الا بعد الشهر ونحوه
فعليه نسبة المسمى واما قوله وقيل كرا المثل فيحتمل رجوعه
الى هذا القسم وحده ويحتمل رجوعه الى مجموع اجزا المسلة من
اولها الى اخرها وهذا التفصيل الذي ذكره المولف هو معنى
كلام بن حبيب واضرب عما في المدونة لصعوبته ولعله انتفى
عنه بالقول الثاني ويستوي ذلك كله قال بن حبيب اذا بقي من
المدة الاشهر او شهران ومالا ينتفع فيه بالزرع فان كانت من
ارض الزرع فليس للمكتري ان يحدث فيها زرعا الا بكرا
مونتف ولا يحط عنه لما تقدم شي ولربها حرثها لنفسه وليس
للمكتري منعه لانه مضار فان زرعها المكتري وقد علم ان
الوجيبة تنقضي قبل تمام الزرع بالامد البعيد فربها مخير ان
شا حرث ارضه فافسد زرعه او اقره واخذ عند تمام الوجيبة
فوادعليها الايام والشهر ونحوه فليس لربها قلعه وله فيما زادت
المدة على حساب كرا الوجيبة فان انقضت ولم يبلغ ابانه فان
كان حين وضع البقل في الارض على رجا من بلوغ ابانه وتمامه عند
انقضا الوجيبة فجاوز ذلك بايام او شهر فله كرا ذلك كما ذكرنا

الا الاكثر من قيمة الكرا او من كرا الوجيبة ولكن كان ظن ان الزرع بنقضي ... ولكن استراحت الماء ولم يعمل وينتفع الى انقضا الوجيبة

وان علم انه لايبلغ تمامه الا بعد الوجيبة بامد بعيد فربها مخير في قلع
ذلك او تركه وله الاكثر من كرا الوجيبة او كرا المثل واتينا بكلام
ابن حبيب على ما هو عليه لما فيه من الزيادة المعينة على ما قاله المولف
ولانه قصد الى اختصاره وقال ابن القسم في المدونة فيمن اكترى ارضا
سنة فحصد زرعه قبل تمام السنة فاما ارض المطر فمحمل السنة فيها
الحصاد وينقضي بذلك فيها واما ذات السقي التي يكترى على امد الشهور
والسنين فللمكتري العمل الى تمام السنة فان تمت وله فيها زرع
اخضر او بقل فليس لرب الارض قلعه وعليه تركه الى تمامه وله
فيما بقي كرا المثل على حساب ما اكراها منه وقال غيره ابن القسم
ان بقي من السنة بعد حصاده ما لا يتم فيه زرع فلا ينبغي له ان يزرع
فان فعل فعليه في الزيادة من المدة الاكثر من الكرا الاول اذ كانه
رضيه او كرا المثل وتاول بعضهم هذا على ان زرعها لم يكن
عالما به حين زرع قال ولو كان عالما به فتركه فله بحساب ما اكراها
منه فقد طرح سحنون في رواية يحيى على حساب ما اكراها وابقى
كرا المثل وهذا الوجه هو الذي اعتمد عليه المولف والله اعلم
واختصرها ابو محمد فقال وله فيما بقي كرا المثل لا على ما اكراه
وهو معنى ما قاله سحنون وكذلك وقعت المسلة في سماع ابي زيد
في زيادة مدة الكرا وهكذا هي في كتاب الرواحل من المدونة في التعدي
في المسافة واختصر ابن ابي زمنين مسلة الزراعة فقال له كرا
ارضه على حساب ما اكراها منه قال بعض الشيوخ وهذان
القولان معروفان في المسلة وكان قولهم ان الكلام
الذي غيره سحنون متناقض قبل تغييره وقد ذهب ابن لبابة
الى انه ذكر القولين في المدونة فاختلط ذلك على السامع وظنهما
قولا واحدا واستحسن ابن يونس بقا الرواية على ما هي عليه قال
ووجهه ان المكتري والمكترى دخلا على ان للمكتري الانتفاع

بالارض

بالارض جميع السنة وقد علما ان بعض البطون قد تتقدم وتتاخر لما يطرقها
من العاهات فكانهما دخلا على ذلك فلو فلم يكن المكتري متعديا فلذلك
قال على المكتري في الزيادة كرا مثلها على حساب ما اكتراها
منه قال ومعنى ذلك ان يقوم كرا الزيادة فان قيل دينار فيقال
وما قيمة السنة كلها فان قيل خمسة فقد علمت انه وقع للزيادة مثل
خمس كرا السنة فيكون عليه الكرا الاول في مثل خمسه كما لو تعطل
عليه شهر من السنة بسبب غرق الارض لسقط عنه كرا مثله
من حساب ما اكرى وهو حصته من الكرا فكذلك اذا زاد شهرا
يكون عليه كرا مثله من حساب ما اكرى وهو حصته من الكرا
وكانه دخل في العقد **وقوله** ولو زرع ما ضرره اكثر مما هو له
فللمالك قلعه واخذ ما بين القيمتين مع الكرا يعني ان للمكتري
كما تقدم ان يزرع ما ضرره مثل ما عقد عليه فادنى فلو تعدى وزرع
ما ضرره اكثر فرب الارض مخير بين ان يامر بقلعه كما يفعل مع الغا
وله ابقاوه واخذ ما بين القيمتين في الكرا مع كرايه الاول وهذا
اذا عثر عليه بعد الزراعة وقبل طيب الزرع ولو كان بعد طيبه
لم يكن له الا ما بين القيمتين وان كان ذلك قبل الزراعة فاراد ان
يزرع ما ضرره اكثر واذن له في ذلك رب الارض فظاهر
المدونة جوازه لان ذلك يعيب الارض فهو حق ادمي يسقط
بالاذن وتردد بعض القرويين في جوازه اذا كان الامران مختلفين
لانه يصير كمن نقل الصانع من صنعته الى صنعة وكمن اراد ان
ينقل الجمال من طريق الى طريق اخرى تخالفها **وقوله** ولو استاجر
للغرس والبنا سنين فانقضت فللمالك اخذه بالقيمة مقلوعا بعد
اسقاط ما يغرم على القلع والاخلا هذا مثل ما تقدم في العارية والكلام
فيهما واحد قال بعض الشيوخ وانما يكون لرب الارض ان يامره بالقلع
اذا لم يكن في الشجر ثمر او كان فيها ثمر لم يوبر فان كان فيها ثمر

قد ابرا جبور رب الارض على ابقائها الي طيبها وعلي المكتري كرا المثل
كما لو انقضت المدة وفيها زرع لم يتم قال ابن القسم في المدونة ولا باس
ان يكتريها حينيذ من ربها سنين مستقبله قال ولو اكتريتها ثم
اكريتها من غيرك فغرسها ثم انقضت مدة الكرا وفيها غرسه
فلك ان تكتريها من ربها سنين مستقبله ثم ان ارضاك الغارس
والمقلع غرسه وقال غيره لا ينبغي ذلك حتي يتعامل الغارس
ورب الارض على ما يجوز ثم يكري ارضه ان شا الا ان يكريك
ارضه على ان يقلع عنك الشجر وكانه على هذا التوجل عند ابن القسم لان
للمكتري ان يفعل ما كان لرب الارض فعله واستشكل قول غير ابن القسم
هنا وكلام التونسي فيه معروف قال ابن القسم في المدونة واذا انقضت
السنون وللمكتري في الارض زرع لم يبد صلاحه لم يجز لرب
الارض شراوه وانما يجوز بيع زرع اخضر يشترط مع الارض في صفقة
وكذلك الاصول بثمرها وان لم يشترطه المبتاع فان ما ابر من الثمرة
او ما ظهر من الارض من الزرع للبايع واذا لم توبر الثمرة ولم يظهر
الزرع من الارض فذلك للمبتاع وراي الشيخ التونسي ان الاشبه
جواز شرا هذا الزرع لرب الارض لانه قابض له لقبضه الارض
المحتوية عليه وحديث النهي عن بيع الثمار قبل ان يبدو صلاحها
لا يتناول هذه الصورة لان تلك ضمانها من البايع ومسلتنا الضمان
فيها من المبتاع للقبض الذي قلناه قال وعلى هذا المعنى اجاز عبد
الملك شرا حايط فيه ثمرة بلح او بستان فيه ثمرة تحالفها واستدل
على ان الثمرة معوضة فيما اختاره بما لو اشترى ثمرة على التبقية
ثم اشترى الاصول فلم يفطن لذلك حتى ارهقت الثمرة كان على
المشتري قيمة الثمرة يوم اشترى الاصول وعدوه قابضا للثمرة بشرايه
الاصول ورد عليه ابو عبد الله الزكي بان الحكم في الاصل معلل
بالتبقية وتلك التبقية مفقوده هنا وفي هذا الرد نظر ومسايل

هذا

هذا الفصل كثيرة فلنقتصر منها على هذا القدر لانه اللايق بكلام المولف
وقوله ولو حمل على دابة اكثر مما شرط فعطبت فان كان
مما تعطب بمثله خير ربها في قيمة كرا ما زاده مع كرايه او قيمتها
يوم التعدي كما لو تجاوز المكان وان لم تعطب على المشهور وعليه
العمل • اشتمل كلامه هنا في تعدي المكتري على مسلتين احداهما
ان يزيد على القدر الذي اشترطه وتلك الزيادة مع الحمل المشترط
جميعه مما يعطب في مثله فان رب الدابة يكون مخيرا بين اخذ
قيمة كرا تلك الزيادة مع الكرا المشترط او قيمة الدابة وحدها
لانه تعدي على الدابة يوم الزيادة فان ادي قيمتها يوميذ
كانت المنفعة كلها للمتعدي وان اسقط عنه التعدي في
الدابة اخذ منه الكرا الاول مع قيمة كرا الزيادة وهذا اذا
كانت الزيادة في اول المسافة وان كانت في اثنا المسافة
بعد سير النصف او الثلث واختار رب الدابة اخذ قيمة
الدابة فله قيمة الدابة يوم التعدي ونصف الكرا او ثلثه
قال بعض الشيوخ في صفة كرا الزيادة ان يقال كم يساوي
كرا هذه الزيادة على هذه الدابة المحمله حسبما تعدي عليها
المكتري فيكون ذلك لربها مع كرايه الاول وقال غيره
يكون له الكرا الاول وفضل العور لكون اكثر ما حمل شي محمل
اضر بسند واثقل فانه يكون له فضل الضرر وتردد ابن يونس
في ذلك كله وهو الشيخ الذي له صدر هذه المسلة الكلام والمسلة
الثانيه التي اشتمل عليها كلام المولف ان يتعدى المكتري في
المسافه فذكر انه المشهور وعليه العمل وهذا صحيح لكن
بشرط ان تكون تلك الزيادة كثيرة او طال زمان
حبسها او انضم الي ذلك تغير السوق وشبهه واما مجرد الزيادة
على المسافة من غير طول فلا قال ابن القسم في المدونة واذا

بلغ المكتري الغاية التي اكتري اليها ثم زاد ميلا ونحوه او اميالا
او زيادة كثيرة فعطبت الدابة فلربها كراؤه الاول والخيار في
اخذ قيمة كرا الزيادة بالغا ما بلغ او قيمة الدابة فلربها يوم التعدي
قاله ابن المواز وقيل انه ضامن ولو زاد خطوة قال ابن القسم عن
مالك يضمن في زيادة الميل ونحوه واما مثل ما يعدل الناس اليه
في المرحلة فلا يضمن قاله ابن القسم في المدونة ولو ردها بحالها
بعد زيادة الميل والاميال او بعد ان حبسها اليوم ونحوه قال
ملك عند ابن حبيب او ايام يسيرة لم يضمن الا كرا الزيادة قال
ابن القسم واما ان كثرت الزيادة او حبسها اياما او شهرا وقال
ابن حبيب اياما كثيرة مثل الشهر ونحوه وردها بحالها فلربها
كراؤه الاول والخيار في اخذ قيمتها يوم التعدي او كراؤها
فيما حبسها فيه من عمل او حبسه اياها بغير عمل ما بلغ ذلك
وان لم تتغير وقال غيره ان كان ربها حاضرا معه بالمصر
فانما له فيما حبسها بحساب الكرا الاول وكانه رضي به لانه
كان قادرا علي اخذها وتمادي المكتري رضى منه بالمسمي
وان كان غايبا عنه ورد الدابة بحالها فله في الزيادة الاكثر
من قيمة كرا الزيادة او من حساب الكرا الاول عمل عليها
شيئا ام لا وان شا فقيمة الدابة يوم حبسها وكراؤه الاول
في كل حال وتشبيه المولف المسالة الاولي بالثانية في مجرد
الحكم لا في سببه واشار بقوله وعليه العمل الي ان تفرقتهم
في المسالة الاولي بين ما تعطب فيه الدابة من زيادة الحمل وما لا
تعطب فيه وتسويتهم في الثانية بين قليل المسافة وكثيرها
اذا عطبت علي خلاف مقتضي النظر وهو صحيح وما يذكرونه في الفرق
بين ذلك بعيد وذلك انهم يقولون ان الذي زاد في الحمل اختلط
ما اذن له فيه بما لم ياذن فينبغي ان ينظر في تلك الزيادة هل هي

مما تعطب

مما يعطب بمثله ام لا واما زيادة المسافة فهي تعد محض غير مختلط
بشيء مما اذن فيه فالمكتري حينيذ كالغاصب وضع يده علي دابة
فيضمنها وان هلكت بامر من الله تعالي فكيف اذا انضم الي ذلك
التصرف الا انك تعلم ان الدابة انما هلكت بمجموع التعب الحاصل
لها بسبب التصرف الماذون فيه السابق علي تصرف العدا فقد
صار سبب الهلاك مركبا من جزءين احدهما ماذون فيه والاخر
غير ماذون فيه كالزيادة في الحمل **وقوله** فان كان مما لا تعطب
بمثله فله كرا ما زاد كما لو لم تعطب • هذا الكلام يحتمل رجوعه
الي المسالة الاولي وهي الزيادة في الحمل لا في المسافة ويكون
مذهبه ان زيادة المسافة موجبة للتضمين سوا كان مما يعطب
في مثلها او لا علي ما قلناه فوق هذا انه ظاهر كلامه وهو خلاف ظاهر
الروايات ويحتمل رجوعه الي مجموع المسالتين ويكون مذهبه
انه يفصل في زيادة المسافة بين القليل والكثير فلا يضمن الا
في الكثير الذي يعطب في مثله فيتم التشبيه في قوله كما لو تعطب
في المسالتين معا **وقوله** وتنفسخ بموت العين المستاجرة كموت
الدابة المعينة وانهدام الدار وتحسب ما مضى • هذا مما لا خلاف
فيه ان الاجارة تنفسخ بموت الدابة المعينة وانهدام الدار وكذلك
كل معين من عبد او ثوب وغيرهما لتعذر خلف المعين فان
قلت لم لم يكتف المولف بقوله العين المستاجرة عن قوله في
المثال المعينة وهلا اكتفي بقوله كموت الدابة وحيث لم يكتف
بذلك فلم لم يقل والدار المعينة **قلت** انما لم يكتف بلفظ العين
عن المعينة لان المكتري اذا قبض دابة في الكرا المضمون فانه
يصدق عليها انها عين مستاجرة ولا ينفسخ الكرا بموتها
فاحتاج من اجل ذلك الي لفظة المعينة واما حذفها بعد قوله
والدار فلان الكرا في الربع لا يكون الا معينا ولا يكون مضمونا

على ما تقدم فلا يحتاج الى زيادة المعينه لعدم قبول المحل لمثلها
والله اعلم واما قوله ويحسب ما مضى بمعناه ويكون لرب الدابة
والدار من الكرا بحسب ما مضى من المدة ونسبته من جميع المدة على
التقويم فقد يكون نصف المسافة ويكون له من الكرا اقل من النصف
او اكثر على حسب رغبة الناس في ذلك وزهادتهم فيه **وقوله**
فلو سكن الم الس او عفي عن القصاص انفسخت • هذه المسلة
تقع في بعض النسخ ومعناها ان من استوجر على ان يقلع لرجل
سنا بها الم او استوجر على ان يستوفي القصاص من رجل
لرجل فسكن الم السن او عفى من له القصاص فان الاجارة
تنفسخ وان كان محلها باقيا والقياس ان يكون للاجير اجرته
كاملة لانه قد مكن من نفسه الا انه لما منع الشرع من ازالة السن
التى سكن المها ومنع ايضا من قطع العضو الذي عفي عنه صاحبه
لعدم وقوع ذلك الفعل في ذلك الشخص ووجود مثله متعذر
فكان مثل مسلة الرضيع التى يذكرها المولف الان ووجب
فسخ الاجاره **وقوله** واما محل المنفعة فان كان مما يلزم تعيينه
كالرضيع والمتعلم فكذلك والا لم تنفسخ على الاصح كثوب للخياطة
مراده بمحل المنفعة هو ما يطلق عليه اهل زمننا ما تستوفى به المنفعة
والطلاقهم احسن من هذا فان قوله محل المنفعة لا يفهم منه الرضيع
ولا المتعلم نعم هو ظاهر في ثوب الخياطة وقد تقدم هذا كله وحيث
فسخنا في هذا الفصل فيكون للمكتري بحساب ما مضى كما قاله
المولف فوق هذا وظاهر كلامهم هنا انه لا يفرق بين ان يكون
المكتري استوفي اكثر المنفعة او اقلها واذا عددنا موت
الدابة المعينة كاستحقاق جزء معين من الصفقة في البيع وجب
في الكرا ان يفسخ ما مضى من المدة لمن اشترى ثيابا فاستحق
اقلها ثم استحق اكثرها فاختلف هل يلزمه فيما فات عنده ما ينوبه

من الثمن وهو مثل قولهم هنا في الكرا وقيل يلزم المشتري هنالك
قيمة الغايت وعلى هذا القول يلزمه هنا فيما سكن او ركب قيمته
وقوله ولو استاجر الدابه الى مكان وشرط ان وجد حاجته دونه
حاسبه جازه • هذه المسلة اجازها مالك في الموازية والعتبية
بشرط عدم النقد ولا تجوز بشرط النقد لما يدخله من الغرر وبيع السلف
قال بعض الشيوخ ومثل هذا الذي يكتري الدار سنة على انه
ان خرج قبل السنة حاسبه بما سكن ومثل قوله في المدونة
في الذي يستاجر الرجل شهرا على ان يبيع له ثوبا على ان المستاجر
متى شاء ان يترك ترك ان ذلك جايز اذا لم ينقد لانها اجارة
ومنع سحنون مسلة المولف ومسلة المدونه هذه نقد او لم
ينقد واجاز مسلة الدار بشرط عدم النقد قال ولا يختلفون
فيها قال وانما منع سحنون المسلتين للجهل في الكرا والاجارة
قال فضل انما منع سحنون مسلة المدونة لانه كرا الخيار الى
امد بعيد قال وليس كما قال لان الخيار انما هو الان وكل
ما مضى من الشهر شي كان بالخيار فيما بقي فليس كالسلعه التى يشتريها
على انه فيها بالخيار مدة طويلة لانه يحتاج الى توقيفها الى انقضا
امد الخيار فلذلك لا يجوز وليس ذلك في الاجارة والكرا الا
ان يكترى الدابة على ان يركبها بعد شهر او يستاجر الاجير
على ان يخدمه بعد شهر على انه بالخيار في الاجارة والكرا
وقوله وتنفسخ بغصب الدار وغصب منفعتها وبامر
السلطان بغلق الحوانيت هذا هو الظاهر في النظر لان المنافع
على ملك المكتري وقد نص ابن حبيب على التسويه بين الوجهين
الاولين وعليه حمل قول مالك وكذلك ينبغي في امر السلطان
بغلق الحوانيت وقال ابن حارث عن سحنون الجايحة من المكترى
واختار ابن حارث التفرقة بين غصب الرقاب فتكون الجايحة

من المكري وان غصب المنفعة فالجائحة من المكتري وينبغي ان
يكون هذا الخلاف مقصورًا على ما اذا غصب المنفعة او الرقبة بعد
قبض المكتري اياها واما لو كان ذلك قبل القبض فتكون المصيبة
من المكري لان المكتري لم يتمكن من القبض **وقوله** ولا تنفسخ
باقرار المالك • يعني ان الاجارة بعد انعقادها لا تنفسخ باقرار المكري
لاجنبي بالرقبة للتهمة على الندم في عقد الكرا ويكون المقر له مخيرا
في اخذ الاجرة وينتظر باخذ الرقبة انقضاء امد الاجارة او يضمن المقر
قيمة الرقبة **وقوله** ولو حبس الثوب او الدابة المدة المعينة
ثبتت الاجرة اذ التمكين كالاستيفاء • يعني لو حبس المكتري الرقبة
في المدة المعينة حتى انقضت ولم ينتفع بها فيما اكتراها له لزمته
الاجرة اذ لا يلزم مالك الرقبة الا التمكين وهذا اشد من التمكين
لان التمكين يتصور مع بقا الرقبة بيد ربها فكيف وقد قبضها المكتري
وقوله فلو زاد مثالتها ان كان المالك حاضرا فنسبة
المسمى والا فالاكثر • يعني فلو زاد المكتري على المدة التي استاجر
الى انقضائها وحبس الرقبة بعد ذلك ولم يستعملها فاختلف
فيما يلزمه في تلك الزيادة على ثلاثة اقوال **احدها** انه
يلزمه نسبة ما سمى **والثاني** انه يلزمه القيمة من غير التفات
الى النسبة **والثالث** التفصيل بين ان يكون مالك الرقبة حاضرا
فتلزمه نسبة المسمى او لا يكون حاضرا فعليه الاكثر من النسبة
او القيمة والاصل لزوم قيمة الانتفاع لان المنفعة اتلفها المكري
بغير اذن مالكها وهي من ذوات القيم الا ان يقوم دليل منفصل
على رضى المكتري او صاحب الرقبة بشي فيصار اليه **وقوله**
وفي اسقاط بعضه بتقدير الاستعمال قولان • الضمير المخفوض
باضافة بعضه بعض اليه عايد الى العوض الذي هو اعم من القيمة
او النسبة او الاكثر فاختلف في اسقاط بعض ذلك بسبب ان

الرقبة المكتراة لم تستعمل في الزمن الزائد على المدة فرب الثوب
يبقى له ثوبه غير منهوك ولو استعمله المكتري لنقص في ذاته او في
صفته فهل ينقص لاجل ذلك مما لزم المكتري فيه قولان والاقرب
انه ينقص لكن اختلف في معرفة كيفية النقص فقال بعض الشيوخ
هو ان يقال كم كرا الثوب ملبوسا شهرا فان قيل عشرة قيل كم
ينهكه اللباس في هذا الشهر فان قيل خمسة كان على حسابه خمسة
دراهم لانه قد رد عليه الثوب غير ناقص وكذلك الدابة
يركبها واعترض ابن يونس هذا بان ما ينقصه اللبس قد يكون
مساويا للكرا فاذا اسقط لم يجب لرب الثوب شي فيذهب
حقه في امساك المكتري للثوب باطلا ورأى انه يقوم الثوب
على انه يحبس من غير انتفاع مما قابل ذلك من العوض عند اهل
المعرفة دفع للمكتري وانظر هل توجد الاقوال الثلاثة في
الفرع السابق والقولان في الفرع الثاني على الوجه الذي ذكره
المولف **وقوله** ولو كانت المدة غير معينة فحبسها فلذلك
والكرا الاول باقٍ • يعني لو اكترى دابة على ان يسافر عليها
مثلا الى بلد معين ولم يبين اول الزمان الذي يخرج فيه
فحبسها عنده لزمه في مدة حبسها ما ذكره المولف فوق هذا
على القولين ثم الكرا الاول بينهما باقٍ على ما كان عليه لعدم تعين
مدة الكرا هذا اصل المذهب وقد يقال بفسخ الكرا الاول لان
المدة وان لم يعيناها فهي تتعين بمقتضى الحال الا ترى انهما لو
تنازعا لحكم لمن اراد الاستعمال باثر العقد على ما يقتضيه العرف
وقوله ولو اخلفه رب الدابة لم تنفسخ ولو فات ما كان
يرومه الا ان كان اكترى يوما بعينه بخلاف الحج لان الايام
في الحج معينة • يريد ان من اكترى دابة ليركبها الى بلد فاخلفه
ربها حتى فاته المقصود الذي لاجله اكترى الدابة ليركبها

بلغ مقابلة

فالكرا باق على ما عقدا عليه ولكريها المكتري من غيره ان احب
قال لانه لم يقصد الى تعيين الايام وفيه نظر ولا سيما على ما في المدونة
قال فيها مالك في الدابة بعينها يكتريها ليركبها الى غد فيغيب
ربها ثم ياتي بعد اليومين والثلاثة فليس له الا ركوبه قال غيره
ولو رفع الى الامام نظر وفسخ ما آل الى الضرر لمن اكترى دابة
اي معينة فاعتلت في سفره ثم قال في المدونة عن ابن القسم مثل
قول مالك قال ابن المواز وذلك كشرا سلعة بعينها يقبضها
من الغد او مضمونة فمطله بذلك حتى فاته ما يريد فلا حجة له واما
له السلعة وقاله مالك في الاضاحي اذا اسلم فيها فياتي بها
بعد ايام النحر انها تلزمه واما ما استثناه المولف في قوله الا
ان كان اكترى يوما بعينه فظاهر وهذا من لوازم التعيين
ان العقد ينفسخ بتعذر استيفائه واما قوله بخلاف ايام الحج
الى اخره فهو راجع الى اصل الكلام وذلك بين لقوله لان
الايام في الحج متعينة وكذلك نص عليه ابن المواز قال ان ايام الحج
متعينة فاذا فاتت انفسخ الكرا قال وكذلك كل مكرى في
ايام بعينها ولا يتمادى وان رضيا يريد اذا انعقد الكرا فتماديه
بعد وجوب الفسخ اقتضا منافع عن دين وابن القسم لا يجيزه

وقوله ولو اجر مستحق الوقف ومات قبل تقضيها ففي
انفساخها قولان • يعني ان من حبست عليه دار او شبهها
ليستغلها ثم على اخر بعده كذلك فاكراها الاول منهم مدة
ثم هلك فما قابل حيوة الاول من الكرا فهو له وما بعد ذلك
من المدة فاختلف فيه هل يلزم فيه الكرا الذي عقده الاول
لانه فعل ما كان له فعله ويكون ما بعده من الكرا للثاني او ينفسخ
فيه الكرا الا ان يمضيه الثاني لان الاول اجنبي بالنسبة الى باقي
المدة فلا يلزم العقد فيها كما لا يلزم بيع الفضولي وهذا هو القياس

والاول

والاول استحسان والله اعلم ولا شك ان بعد قوله قبل مضاف اي
قبل انقضا مدتها والضميران من قوله مدتها وانفساخها راجعان الى
الاجارة **وقوله** ولو اجر الولي الصبي مدة فبلغ قبلها انفسخت
في الباقي الا ان يظن الا يبلغ قبلها فتلزم ان كان الباقي يسيرا كالشهر •
هكذا قال في المدونة وهو صحيح في ان للوصي ان يواجر يتيمه وانظر
هل ذلك عام في اليتيم سوا كان له مال او لم يكن وقال بعضهم
انما يواجره الاب او الوصي اذا لم يكن للطفل مال فان كان للاب
مال او لليتيم اسلم لتعليم القران او لتجارة وما اشبه ذلك من
صناعته مما يصلح لمثله والا فلا وتعليقه الفسخ على البلوغ اخذ منه
بعضهم انه بنفس الاحتلام يخرج من الايصا وقال بعض الشيوخ
انه لا يختلف ان هذا لا يكون في الوصي وانه لا يخرج من
حجره الا بعد البلوغ قال واختلف في الاب وتاول هذه المسالة
غير واحد على انه رشد حين احتلامه ولم يلزم الصبي باقي المدة
الا بشرطين احدهما ان يظن به تمادي حاله من عدم البلوغ حتى
تنقضي مدة الاجارة والشرط الثاني ان يكون الباقي من
المدة بعد البلوغ يسيرا واسقط بعضهم اعتبار هذا الشرط
والحق اجارة منافعه في نفسه بمنافع ربعه **وقوله**
فلو كان ربعه ودوابه فقيل مثله وقيل تلزم وان كان الباقي
كثيرا • القولان في المدونة والاول منهما قول غير ابن القسم
والثاني هو قول ابن القسم والفرق عنده بين منفعة اليتيم في
نفسه ومنفعة ربعه ودوابه شدة الضرر في الاول
وخفته في الثاني لان التحجير على الانسان ومنعه من التصرف
في نفسه اعظم من تحجير بعض ما له عليه واختار بعضهم قول
غير ابن القسم الا انه قيده بشرط ان لا يكون الوصي فعل ذلك
من اجل حاجته الانفاق عليه في زمن ان لم يفعل باع تلك الارض

والدار فيلزم جنبيد ولو طالت المدة **وقوله** وربع السفيه البالغ سنتين وثلاثا يمضي وان رشد وقيل في السنة ونحوها فقط • يعني ان ولي السفيه البالغ اذا عقد على ربعه سنتين او ثلاثا فرشد قبل تمام مدة الاجارة لزمه باقيها سوا بقي منها كثيرا وقليلا اذ ليس له غاية ينتهي الحجر اليها او يظن به تغير حاله عندها كما يظن ذلك في الصغير هذا قول بن القسم في المدونة والقول الثاني ايضا لغير بن القسم في المدونة وتصوره ظاهر وينبغي ان يقيد هنا بما قيد في الفرع الذي قبله **وقوله** ولا تنفسخ الاجارة بعتق العبد • يعني ان من اجر عبده من رجل ثم اعتقه في الحال لتعلق حق الذي استاجره بمنفعته قبل اعتاق السيد له كما لو باعه او وهبه بعد ان اجره وهو ظاهر **وقوله** واحكامه احكام عبد حتى تنقضي يريد انه في شهادته والقصاص له ومنه وشبه ذلك من شهاداته وغيرها كحكم العبد لانه ساوى العبد في جميع احكامهم الا ترى انه لا يجوز للسيد وطيها ان كانت امة **وقوله** واجرته لسيده ان كان اراد انه حر بعد المدة • يعني ان السيد اذا اراد انه حر بعد انقضا مدة الاجارة صار كالمعتق الى اجل فالمنافع وعوضها في ذلك الاجل تكون لسيد العبد لا للعبد وان اراد سيده انه حر من حين انشا العتق فيه فالمنفعة او عوضها تكون له لا للسيد وذلك من يوم انشا العتق فان **قلت** فاذا كانت احكامه كاحكام العبيد فلم لا يرده الدين اللاحق بعد العتق **قلت** لما قلنا الآن من ان اضعف اموره ان يكون كالمعتق الى اجل والمعتق الى اجل لا يرده الى الرق استدانة سيده بعد انشا العتق وانما يرد عتقه ما تقدم من الدين على ذلك **وقوله** ولا تنفسخ لفسق المستاجر كشربه وسرقته وان لم يكف اجبره الحاكم على بيعها لو كانت ملكه •

لم يجز عتقه

يريد انه اذا ظهر من مكتري الدار فسق بشرب فيها الخمر او سرقة يخشى عليه ان ياخذ ابوابها لم ينفسخ الكرا بسبب ذلك وامره الحاكم بالاستقامة فان لم يكف عما نهي عنه اخرجه الحاكم عن الدار واكراها على المكتري قال الشيخ اللخمي واري ان يخرجه ان لم يتيسر كراوها على المكتري قال الشيخ اللخمي وان من يومه وما قارب ذلك ويخلي حتى ياتي من يكريها وان لم يات مكتر حتى خرج الشهر الذي اكراه لم يسقط عنه الكرا واما قول المولف لبيعها لو كانت ملكه فمعناه ان حكم المنافع على الوجه الذي ذكر كحكم الرقاب وهو اشارة منه الى ما قاله مالك في كتاب بن حبيب في الفاسق يكون بين اظهر القوم في دار نفسه ان السلطان يعاقبه على ذلك ويمنعه فان لم ينته اخرجه عنهم وبيعت عليه قال الشيخ ابو الحسن اللخمي واري ان يبتدي بعقوبته بجرمه فان انزجر والا اكريت عليه فان لم ينته وكان ياتي لاذى الجيران ويقول انا اتي لداري وما اشبه ذلك بيعت عليه **وقوله** ويجوز استيجار المالك من المستاجر • يعني ان رب الدار مثلا اذا اكراها جاز له ان يكتريها من مكتريها وكذلك الدابة وغيرها مما يجوز كراوه ورب الدار والاجنبي في ذلك سوا وانما منع ذلك من منع الاكترا من المكتري فاضافة الاستيجار الى المالك اضافة المصدر الى الفاعل لا شك فيه وهذا العذر الذي قلناه هو مقصود المولف واما مسايل الاقالة فلا تعلق لها بكلام المولف وامتناع بعضها انما جا من امر منفصل وهو ما يودي اليه من بيع وسلف ومن فسخ الدين في الدين الى غير ذلك لا لان استيجار المالك لا يبيح من المستاجر ولو اشار المولف الى شي من مسايل الاقالة لاستوفيناها **وقوله** ويقوم الوارثان مقام المستاجرين • يريد انه الاجارة

لا تبطل بموت احد المتعاقدين رب الدابة او المكتري ولا بموتهما معا بل يتنزل الوارثان في ذلك منزلة الميتين كساير الحقوق المالية خلافا للحنفية وقد جمع المولف هنا في التثنية بين اسم الفاعل واسم المفعول حيث قال المستاجرين وهو غير جايز اذ لبس ذلك بضم اسم الى مثله وقوله واذا اعطيت السفن او عوض ما يمنعها من البلاغ فقال مالك وابن القسم هو على البلاغ ولا شي لربها ولو غرق بالساحل ابن نافع حكمها حكم البر ما سارت فلربها بحسابه وقال اصبغ ان ادرك مامنا يمكنه السفر منه او حاذاه فكالبر والا فعلى البلاغ بنا على انها جعالة او اجارة او ينقسم الكلام على حكم عطب السفينة قبل بلوغها الى الغاية فهو اشهر مسايل اكرية السفن فكذلك اتى به المولف اول الفصل ثم عطف عليه من المسايل ما يقاربه في الشهرة والذي اتى به من ذلك قليل من كثير والتواليف في هذا مشهورة لشدة مسيس الحاجة الى مسايله والاظهر قول ابن نافع انها اجارة كالبر واحل ولما اشتركت الاجارة على البلاغ والجعالة في ان العوض لا يجب في كل واحدة منهما الا بعد استيفا المنفعة اطلق المولف الجعالة على اجارة البلاغ وهما في الحقيقة معنيان متباينان الا ترى ان الجعالة لا تلزم قبل العمل ولا بعده من جانب العامل واجارة البلاغ تلزم قبل العمل ولا خفا ان الامور الثلاثة التي بنى المولف الخلاف عليها مرتبة على الاقوال الثلاثة يرجع الاول من تلك الامور الى الاول من تلك الاقوال والثاني الى الثاني والثالث الى الثالث فالجعالة ترجع الى قول مالك وابن القسم والاجارة الى قول ابن نافع والانقسام الى قول اصبغ وهو اضعفها لتردد العقد بين الجعالة والاجارة ولهذا المعنى استضعف بعض كبار الشيوخ قول

ابن القسم في مكتري الدابة المعينة يهلك ما حمله عليها في اثنا المسافة بسبب عثارها ولم تعيره ربها من ذلك انه لا يلزمه شي من الكرا ولو ماتت الدابة في اثنا الطريق لزمه بحساب ما سارت فحكم لها في الوجه الاول باجارة البلاغ التي تشبه الجعالة وحكم لها في الوجه الثاني بحكم الاجارة الحقيقية وقد سبق الذهن ان رواية ابي زيد عن ابن القسم تشبه قول اصبغ وذلك ان ابا زيد روى عنه فيمن تكارى من نوفي الى الاسكندرية فلما بلغ الى المليدس وقف المركب من قلة الما قال بحسابه بمقدار ما بلغ فان ظن انه يلزمه حملانه فاكرى عليه فبلغه الاسكندرية قال لا شي للنوتي لانه لو شا لم يفعل والخاصم فيه فانظر كيف جعل له بحساب ما سار من الكرا قبل لابن القسم فلو كان وقف المركب في موضع ليس فيه احد ولا يوجد فيه سلطان يخشى هلاك المتاع فاكرى عليه قال لعل هذا ولا يشبه هذا الاول قال القاضي ابن رشد اذا كان الحكم عنده في المركب يقف في الطريق من قلة الما ان ياخذ صاحب المتاع متاعه ويحاسب النوتي في كرايه وحمله مخطي فاذا كان صاحب المتاع لا بد له من الكرا على المتاع فقول ابن القسم انه لا شي له معارض لقوله في الذي يكرى على حمل فيخطي ويحمل غيره ان اراد اخذ الحمل لم يكن له الا ان يغرم الكرا وفي الذي استاجر حصادين على حصاد زرعه فحصدوا زرع غيره او حرثت ارضه ان يغرم للاجرا قيمة عملهم ان كان لا بد له من الاستيجار عليه مثل قول اشهب في الذي يخطي فيحمل على الذي اكترى على حمله قال وما قاله في وقوف المركب حيث لا سلطان ولا احد بين على قول مالك في المدونة وغيرها في ملتقط المتاع يحمله الى موضع من المواضع لا ياخذ ربه الا ان يدفع الى الذي حمله الكرا الذي حمله به قال

عبارة ابن عرفه ... ان الكرا ... هذا اشهر والله اعلم

سحنون عن ابن القسم فيمن اكترى سفينة من الاسكندرية الى الفسطاط فغرقت في بعض الطريق فاستخرج نصف القمح فحمله في غيرها فلرب السفينة الاولى من كراء ما خرج من القمح بقدر ما انتفع به ربه ببلوغه الى الموضع الذي غرقت فيه قال سحنون هو كمسئلة مالك في الجمل في البير يحفر بعضها ويتركها ثم يجعل ربها لاخر تمامها فليعط الاول بقدر ما انتفع به رب البير فكذلك يعطى رب المركب بقدر ما انتفع به رب القمح **وقوله** واذا خيف على المركب الغرق جاز طرح ما يرجى به نجاتها غير الادمي باذنهم او بغير اذنهم ويبدا بما ثقل جسمه او عظم جرمه • يعني اذا خيف على المركب الغرق بسبب شحنتها ورجي لها السلامة بطرح ما فيها او بطرح بعضه فانه يطرح منها ما يظن بطرحه السلامة تقديما لحفظ النفوس على حفظ الاموال فلم قال المولف جاز وهلا قال وجب **قلت** مراده الوجوب ومثل هذه العبارة هي عبارة الاكثرين في مثل هذه المسلة وذلك ان اتلاف المال لغير فايدة محرم والجواز هو المقابل للتحريم فاذا ارادوا نفي التحريم رفعوه بالجواز وان كان بقية الاحكام تضاده وتدخل تحت قوله غير الادمي الحيوان غير البهيمي فيجوز القاوه كما يجوز القا غير الادمي ولما كان القا ما يطلب به التجارة واجبا لم يحتج فيه الى اذن المالك وتقديم ما ذكر تقديمه في الطرح مع بقيته واجب لان ذلك اقرب لحفظ الاموال الذي هو واجب بمقتضى الاصل لانه اذا طرح الاثقل القليل الثمن لم يحتج الى طرح غيره واذا ابتدي بطرح الاخف الكثير الثمن تلف من المال اكثر مما تلف في الوجه الاخر فيتعين ما ذكره المولف واما عظم الجرم المقابل لثقل الجسم فلا يظهر له كبير فايدة لان المحتاج الى طرحه انما هو الثقيل لا عظيم الجرم اذا كان خفيفا الا الحوف وقد تقدم

قلت حفظ النفوس واجب ولو ادي الي تلف الاموال

كلام

كلام اللخمي الذي ذكر المولف انه انفرد به في طرح الادمي وذلك في كتاب الجهاد **وقوله** ويوزع على مال التجارة مما طرح او مما لا يطرح عينا او ناضا او جوهرا • يعني انه يوزع المطروح على كل ما يقصد به التجارة خفيفا كان او ثقيلا فان كان الغالب في الدنانير والدراهم القلة لا الكبير منفعة في طرحها ومع ذلك فانه يوزع عليها كما يوزع على الثقيل كالرصاص والنحاس وكذلك ايضا يوزع على ما لا يحل طرحه كالعبيد المقصود بهم التجارة كما يوزع على عروض التجارة والذي ذكره المولف في الدنانير والدراهم هو قول ابن حبيب وقال ابن ميسر انه من كان معه عين فلا يلزمه شي من قيمة ما طرح من المركب وقاله ابن ابي مطرف وفيه ومحمد بن عبد الحكم **وقوله** والمذهب ان المركب وعبيده لا يدخل • اشار بنسبة هذه المسلة الى المذهب مع كون غيرها من المسايل المتفق عليها كذلك من المذهب الى ان في هذه ضعفا وهي عادته فيما ينسبه الى المذهب انه كالمتبري من عهدته وانما يحسن ذلك منه اذا كان لم يوجد في المذهب خلافه واما اذا وجد في المذهب خلافه فالاحسن غير هذا من العبارة وقد ذكر عن سحنون ان جرم المركب يدخل في قيمة ما طرح منه ورجحه غير واحد واذا كان هذا حكم المركب عنده فاحرى ان يكون ذلك حكم عبيده ولعل المولف ما وقف الا على ما قاله ابن حبيب وابن عبد الحكم قال محمد بن عبد الحكم اجمع اصحابنا ان المركب لا يدخل في شي من حكم الطرح وقد سيل الشيخ ابو محمد بن ابي زيد عن مركب كان مرسيا بالمهدية فاخذه هول فنقر بقاعة البحر فخيف عليه ان يهلك فرمى منه التجار بعض ما فيه ليخف ولا يصل الى قاع البحر فذهب الهول وخلص المركب فاراد اصحاب الحمولة ان يدخلوا المركب في قيمة ما طرح منه وابى من ذلك صاحب المركب فقال

قاع

اذا رمى من شحنته خوفا عليه ان يهلك من يفرق بقاعه فانه يدخل في
القيمة ويحسب عليه من قيمة ما رمى ما ينوبه من ذلك **وقوله** وما ليس
للتجارة كالعدم طرح او لم يطرح • مراده بتشبيهه ما ليس للتجارة بالعدم
انه اذا طرح فلا رجوع لصاحبه في مال التجارة واذا لم يطرح فلا رجوع
للتجار عليه هذا هو حقيقة التشبيه بالعدم قال ابن عبد الحكم عن بعض
اصحابنا انه لم يختلف قول مالك واصحابه في ذلك **قلت** ولا
يبعد تخرج الخلاف فيه من الخلاف الذي في المركب وعبيده وقد
قال اهل العراق وهو الذي مال اليه ابن يونس وقال ابن القاسم
انه لا فرق بين عروض القنية وعروض التجارة في التوزيع قال
الشيخ ابو محمد وانما يكون الذين رمي لهم شركا لكل واحد ممن
لم يرم له فيما في ايديهم وكذلك من لم يرم له شريك لكل
من رمي له فيما رمي ولا يكون من لم يرم له شريكا لبعضهم لبعض
فان كان قيمة ما رمي كقيمة ما سلم كان لرب ما رمي نصف السالم
ولو كان ما رمي مثل نصف قيمة السالم كان لرب ما رمي ثلث
السالم على هذا الشرح **وقوله** والقول قول المطروح متاعه
فيما يشبه • لم يبين هل قول المطروح متاعه مقبول في
ثمن المطروح او في صفته والمسألة مفروضة عند غيره في الثمن
فان كان هذا هو مراد المؤلف فهذا الفرع انما يتمشى على
قول من قال في الفرع الذي باثر هذا ان التوزيع يكون
على الاثمان ولم يبين ايضا هل قوله مقبول بيمين او بغير
يمين وقد اختلف في هذا الوجه فقال ابن القاسم هو مصدق
مع يمينه في ثمن متاعه المطروح والسالم ما لم يات بما
يستنكر ويتبين كذبه فيه وقال سحنون القول قوله بغير
يمين اذا ظهر صدقه الا ان يتهم فيحلف فان وقعت المنازعة
في عقد ما طرح لا في ثمنه فادعى من طرح له انه كان متاعا كثيرا

وقال

وقال صاحب المركب لم يشحن عندي الا اقل مما ادعى فقال بعضهم يرجع
الى ما في التنزيل لان امر الناس جرى عليه قال وما كان في داخل
المتاع يكون عنده مما يخفى ذكره في التنزيل فالقول قول صاحب
المتاع فيه مع يمينه اذا اتى بما يشبه ان يملك مثله وخالفه ابن
يونس في قبول قوله فيما لم يكن في التنزيل وان اختلفا في صفة
المطروح فقال صاحبه صفته كذا وقال الباقون صفته كذا
فقال الشيخ ابو محمد القول قولهم مع ايمانهم وان جهلوا ذلك
فالقول قول صاحب ذلك الشيء مع يمينه وان اختلفا في حصول
الرمي فقال الشيخ ابو سعيد بن اخي هشام اذا قال صاحب السفينة
انه رمي بعض شحنتها لهول اصابه وكذبه اصحاب ذلك
ولم يكونوا معه في المركب فهو مصدق في العروض في قول
ابن القاسم ولا يصدق في الطعام الا ببينة **وقوله** وفي صفة التوزيع
اربعة بقيمته وقت التلف واقرب المواضع ومكان الحمل وما
اشتري به • القول الاول هو رواية اشهب عن مالك
ولعله يرد الى القول الثاني لانه قد لا تكون له قيمة حين التلف
وهو المحقق والذي يدل عليه الوجود فيكون معنى هذا القول
انه تعتبر القيمة يوم التلف ان كانت له قيمة فان لم تكن
له قيمة فقيمته في اقرب المواضع اليه والقول الثالث هو
احد الروايتين عن مالك في المختصر وعنه ايضا في المختصر
انه تعتبر قيمته في الموضع الذي حمل اليه كما قيل في الشيء
الذي حمل عليه الراحلة بتلك وهذا القول لم يحكه المؤلف
والقول الرابع ذكره ابن حبيب عن مالك فيما حكاه عنهم
وهذا ان كان اشتروه من موضع واحد شرا لا محاباة
فيه وان كان اشتروه من مواضع او فيهم من اشترى
وفيهم من لم يشتر وقد طال مكث شرائه حتى حال سوقه

وجميع اصحابه وكذلك
هو في العتبية عن ابن
القسم قال لم حمله صح

فانه يقوم السالم والذاهب بالموضع الذي ركبوا منه يوم ركبوا
ثم يكونوا بتلك القيمة شركا في السالم والاقرب هو القول الاول
معتمد ابا لقول الثاني وكيف يكونوا شركا بقيمته يوم حملوه
ولو ضاع مال احدهم قبل هول البحر لم يضمنوه ولا يحسن ايضا
ان يضمنوه بقيمته في الموضع الذي يحمل اليه مع اتفاقهم انه
قد تلف قبل ذلك **وقوله** والمستاجر امين على الاصح • يعني ان
من ملك منفعة بعوض فالقول قوله في تلف الذات التي يقبضها
لاستيفا تلك المنفعة سوآ كانت تلك الذات من نوع ما لا يغاب
عليه كالحيوان او مما يغاب عليه كالجفنة وهذا هو المعروف
في المدونة وغيرها وانكر بعضهم وجود الخلاف في ذلك
في المذهب ومن اثبته لم يثبته عموما كما يقتضيه ظاهر كلام
المولف بل هو مقصور عندهم على ما يغاب عليه وذلك ان
اشهب روي عن مالك في المدونة في رجل اكترى جفنة
وادعى الضياع انه يضمن الا ان تقوم بينة على الضياع واشار
بن المواز الى انكار كون الرواية هكذا وقال انما الرواية
في دعواه الكسر لانه يقدر على تصديق نفسه باحضار الفلقتين
واما الضياع فيصدق وقوي ذلك بانه في رواية اخري
قال مالك واين فلقتاها قال بن المواز الا ان يقول سرقت
الفلقتان او تلفتا فان كان بموضع يمكنه اظهارهما لم يصدق
وان كان بموضع لا يمكنه صدق وصحح القاضي بن رشد نقل
بن المواز ثم قال ولا اعلم خلافا في تصديق المكتري في الضياع
الا ما لابن القاسم في الدمياطية في مكتري الدابة يشترط
عليه الضمان قال لا ضمان عليه قال والمناجل والالات
الحديد يضمنها قال ابو الوليد انه شذوذ قال وظاهر
كلامه في الدابة انه كرا فاسد وعليه في الفوات كرا المثل

مطلقا

مطلقا وفي مسلة الدمياطية انها لبيع الشي تجيز مع القيام ويكون
على المكتري في الفوات الاكثر **وقوله** وقال بن القسم ويلزمه
جميع الاجر ما لم تقم بينة وقيل يسقط بحسابها • معنى المسلة
ان من استاجر شيا مما يغاب عليه مدة معلومة فادعي بعد انقضا
المدة هلاكه في اثنايها فقال مالك في المدونة انه يصدق
في ذلك قال بن القسم فيها ويلزمه الكرا كاملا وقال غيره
بن القسم وهو اختيار سحنون انه لا يلزمه من الكرا الا ما قال
انه انتفع به وكما يصدق في اصل الضياع كذلك يصدق
في الانتفاع واما قول **المولف** في تقييده لكلام بن القسم
ما لم تقم بينة فلم يبين ما ذا قامت البينة والذي يتبادر
الى الذهن ان البينة شهدت بهلاك ذلك الشي من غير
سببه كما يقوله في الرهن والعارية وليس كذلك قال
بن القسم قال في المدونة الا ان ياتي ببينة على وقت الضياع
وان كان معه قوم في سفره فيشهد وا انه اعلمهم بضياع ذلك
وطلبه بمحضرهم حلف وسقط عنه من لم يشهد حصة باقي المدة
وقول سحنون اظهر لاستحالة اجتماع الصدق والكذب
في قول المكتري وقد الزم بن القسم وسحنون التناقض
فيما قالاه هنا وذلك ان بن القسم قال فيمن استعار دابة فركبها
الى موضع فلما رجع زعم ربها انه انما اعاره اياها الى دون
ما ركبها اليه ان القول قول المستعير في دفع الضمان والكرا
وقال سحنون القول قول المستعير في الضمان لا في الكرا
ولا يخفى عليك وجه السوال **واجيب** عن بن القسم بان مسلة
الكرا في المكتري فيها بالكرا وادعى ما يسقطه فعليه
بيان ذلك وفي مسلة العارية الاصل عدم تعديه في المسافة
فالقول قوله في نفي العدا بالزيادة في المسافة واجيب عن

سحنون بان مسلة العارية هي معروف صنعه المعير مع المستعير
كرا الزيادة التي لم يقر المعير بالعارية اليها ولا يلزم على تكذيب
المستعير فيها وجوب ضمان الدابة لان الذمة لا تعمر بمجرد دعوى
الخصم وهو المعير وفي هذا الجواب نظر **وقوله** وفي ضمانها
اجره لغيره ثالثها المشهور ان كان في مثل امانته لم يضمن
هذا الكلام على اطلاقه في كل مستاجر من دار وعبد وغيرهما
لا يصح وايضا فان كلام المولف يقتضي ان مكترى الدابة اذا اكراها
ممن ليس مثله في التحفظ عليها بل هون دونه في ذلك واثقل جسما
وشبه ذلك انه لا ضمان عليه في قول ولا يوجب مثل هذا والله
اعلم والاقرب سقوط الضمان اذا قلنا بالكراهة واحرى
على القول بالجواز **وقوله** واما الصانع كالخياط والصباغ
فضامن وحكمهم عن ابي بكر وعمر وعلي عمل في بيت او حانوت
باجر او بغير اجر تلف بصنعته او بغير صنعته اذا انتصب
للصنعة ولم يكن في بيت رب السلعة ولم يكن ملازمه
فان كان احدهما فامين لما قدم ان المستاجر امين يعني
انه لا ضمان عليه واتبع ذلك ما يليق به من الفروع احذ الان
يتكلم في ضمان الاجير وعين من انواعه الصانع المعين للعمل
سوا كان تغييره للمصنوع في ذاته كالخياط او في صفته كالصباغ
وقد اختلف العلما في تضمين الصناع فمنهم من اسقطه جملة وعزي
للشافعي ومنهم من اثبته بشرط ان يعملوا باجر وينسب الى ابي
حنيفة ومنهم من اوجب ذلك بشروط اخر وهو قول مالك
على ما يفسر عليه كلام المولف والاصل سقوط الضمان ولكن
عمل الصحابة الذين ذكر عنهم المولف يستلزم وجود النص
على ذلك غالبا فان لم يكن نص فالضمان قياسا على غير المعين
من الاجرا على انه قد نقل عن علي رضي الله عنه سقوط الضمان

ومراد المولف بقوله تلف بصنعته اي ما يفسد بكمد الكماد وشبه
ذلك وبغير صنعته كما يزعم الصانع ان السارق اخذه ولم يقم على
ذلك دليل ثم شرط المولف في لزوم الضمان للصانع ان يكون
منتصبا للصنعة وذلك ان اهل المذهب ومن وافقهم في الضمان
قالوا انما ضمن الصانع لاحتياج الناس الى صنعته فلو لم يضمن لاكل
اموال الناس اذ لا بد من دفع المضمون اليهم فغلب رعي المصلحة
العامة وهي الضمان على رعي المصلحة الخاصة وهي سقوط الضمان
كما روعي ذلك في التلقي وغيره وتلك المصلحة العامة لا تحصل
الا بانتصاب الصانع لصنعته بخلاف الصانع المخصوص
الذي ياتي به الانسان الى منزله وشبهه من الصانع وهذا هو
مراد المولف بقوله ولم يكن في بيت رب السلعة واما قوله
ولم يكن ملازمه فمعناه ولم يذهب رب السلعة الى موضع
الصانع فيلازمه حتى يتم ما صنعه له فانه بسبب حضوره معه
يشبه الصانع فيلازمه الخاص والحاصل ان الاتيان بالصانع
الى منزل رب السلعة يوجب كون الصانع مخصوصا
وذهاب رب السلعة الى منزل الصانع ليحضر العمل يوجب
شبه الصانع المخصوص وكل واحد من هذين الامرين مانع
من تضمين الصانع وهذا هو مراد المولف من قوله فان كان
احدهما فامين اي فان كان الحاصل احد الامرين الا انه اذا
اعطي اللفظ حقه يكون مراده فان حصل احد الامرين اللذين
ذكرناهما وليس المعنى على ذلك فان المعنى وان كان الحاصل نقيض
احد الامرين لا احد الامرين فان المانع من الضمان هو ان يكون
في بيت رب السلعة او يكون ملازمه لا نفي ان يكون في بيت
رب السلعة ولا نفي ان يكون ملازمه فتامل هذا الموضع قال
الشيخ اللخمي يختلف اذا عمله الصانع في حانوت لنفسه بحضرة صاحبه

فقال محمد القول قول الصانع في تلفه وفي كتاب بن حبيب
في مثل ذلك انه ضامن قال وليس بحسن وقال غيره ان بلغ
قال في كتاب بن المواز وقاله بن حبيب وغيره يضمن الصناع جميع
ما عملوه باجر او لغير اجر كثر العمل او قل مثل رفو ثوب او رقعة
او طوق او فص خاتم وسوا كان ربه حاضرا قال بن يونس يريد
في فساده او غايبا اذا كان ذلك في حوانيتهم قال بن القسم في
العتبية وان جاءه بثوب الي حانوته يكمده له فلمده بحضرته فقطع
من غير تفريط ولا تعد فانه يضمن عن من نفسه او لم يغر قال
بن حبيب ولو كمده معه رب الثوب فاصابه خرق فان كان
من فعل ربه لم يضمن وان كان من فعل الكماد فهو ضامن فان
جهل فهو بينهما فيلزم الكماد نصف ما نقصه وكذلك في كتاب
محمد قال القاضي بن رشد في قوله فان جهل معناه انهما قالا لا
ندري من عمل من هو قال واما ان ادعي كل واحد على صاحبه
فالحكم ان يحلفا فان حلفا او نكلا ضمن الصانع النصف وان حلف
احدهما ونكل الاخر عمل على قول الحالف قال ولابن دحون ان
ضمان الكماد لحضرة رب الثوب على ما قال بن القسم لا يستقيم
قال واذا حضر عمل متاعه اين ما كان فلا ضمان على الصانع
وان كان العمل في موضع الصانع قال بن رشد قاسه على
حامل الطعام وما اصاب لان حامل الطعام ضمن بالتهمة محصور
ربه معه رافع لها واما الثوب فقد علم انه من الكماد **وقوله**
والواجب قيمته يوم دفعه • لما قدم الكلام على وجوب ضمان
المصنوع اخذ يتحدث في زمان الضمان فقال الواجب قيمته
يوم قبضه الصانع يعني غير مصنوع وهذا قول مالك في المدونة
وغيرها قال بن القسم اذا هلك الثوب بعد فراغه وقد علمت بينة
بتمام صنعته ولم تعلم بهلاكه فالصانع ضامن لقيمته يوم قبضه

ضمن بالتهمة محصور ربه معه رافع للتهمة .

وليس

وليس لربه ان يضمن الصانع قيمته مفروغا و يعطيه اجره واجري غير
واحد من الشيوخ الخلاف في هذه المسلة من الخلاف في زمن ضمان
الرهن اذا علم وجوده بيد المرتهن بعد مدة من يوم قبضه وقد
تقدم ذلك في محله واختلف في الخياط يقطع الثوب ثم يغيب
عليه بعد قطعه فقال محمد عليه قيمته صحيحا قبل قطعه ولو كانت
شقة فقطع منها ثوبين ادعي ضياع احدهما كان عليه قيمة نصف
الشقة صحيحة لا قيمة نصف صحيح وقال في مختصر ما ليس في
المختصر يغرم قيمته مقطوعا واختاره اللخمي وهو ظاهر ولا
سيما على اصل بن القسم انه يسقط عنه الضمان في التلف اذا
قامت البينة على ما سياتي قال اللخمي ويختلف على هذا اذا
افسد الخياط بالخياطة او القطع فعلى ما في المدونة يغرم
قيمته صحيحا ولو كان في الوجهين وقال بن شعبان ان كان
الفساد في القطع يغرم قيمته صحيحا وان كان في الخياطة
غرم قيمته مقطوعا يعني انه يغرم قيمته على الوجه الذي افسد
عليه وصححه اللخمي قال في المدونة واذا فرغ الخياط او الصانع
من عمل ما في يده ثم ادعي صاحب المتاع فقال خذ متاعك
فلم يات حتى ضاع المتاع عند الصانع قال هو ضامن له
على حاله قال اللخمي يريد انه لم يحضره ولو كان قد احضره
وراه صاحبه مصنوعا على صفة ما شارطه عليه وقد كان
دفع الاجرة ثم تركه عنده فادعي ضياعه لصدق لانه خرج
عن حكم الاجارة الى حكم الايداع **وقوله** فان قامت
بينة ففي سقوطه قولان لابن القسم واشهب • هذان القولان
مثل القولين في ضمان المرتهن والمستعار اذا كانا مما يغاب
عليه قال مالك في كتاب محمد اذا سرق وعلم ذلك ببينة
وعلم ذلك وقال ذهب المتاع مع ما ذهب لم يضمن وكذلك

لو احترق ببينة وروئي ثوب الرجل يحترق فهو ضامن قال محمد
حتى يعلم ان النار من غير سببه او ياخذه سيل او ينهدم عليه البيت
فهذا وشبهه يسقط به الضمان وقد اختلف الشيوخ في قول محمد
حتى يعلم هل هو تفسير او خلاف قال في المدونة ويضمن القصار
قرض الفار اذا لم يعلم ولو علم ان الفار قرضه من غير تضييع وقامت
بذلك بينة لم يضمن قال ابن المواز اذا لم يكن ضيع قال ابن حبيب
اذا ثبتت البينة ان الذي اصاب الثوب قرض فار او لحس
سوس وهو بيد صانع او مرتهن لم يضمن وان قال رب
الثوب انهما ضيعا الثوب وانكر ذلك صدقا وعلى رب الثوب
البينة انهما ضيعا لان قرض الفار ولحس السوس امر غالب
والتعدي لا يلزم بالدعوى وراى ابن يونس ان هذا خلاف المذهب
المدونة قال وقد قال في السوس اذا افسد الرهن يحلف
المرتهن ما ضيعت ولا اردت فسادا اذا علم انه من السوس
وهذا نحو مثل قول ابن حبيب ويلزم مثله في قرض الفار وقف
وعلى سقوطه فهي سقوط الاجرة قولان ابن القاسم وابن المواز يعني
انا اذا فرعنا على قول ابن القاسم السابق وقامت بينة بالهلاك
وعمل الصنعة فسقط الضمان لاجل ذلك فنص ابن القاسم على
سقوط الاجرة ايضا وقال ابن المواز تجب للصانع الاجرة
قالوا وسبب الخلاف هل يكون المصنوع قابضا للصنعة وان
لم يقبضه ربه او لا يكون المصنوع مستقلا بقبض الصنعة بل
يشترط في قبضها قبض رب المصنوع للثوب مثلا وعلى الاول
يجري قول ابن المواز وعلى الثاني يجري قول ابن القاسم فان قلت
اطلق المولف كلامه حيث يجب تقييده وذلك ان هذه المسالة
مفروضة في المذهب فيما اذا شهدت البينة بهلاك المصنوع
بعد فراغ الصانع من الصنعة وكلام المولف يتناول هذه الصورة

وغيرها

وغيرها وما اذا هلك قبل الفراغ من الصنعة قلت لا يحتاج الى
ذكر القيد المشار اليه فان سياق كلامه دال عليه وذلك ان
الغرض سقوط ضمان المصنوع في الموضع الذي اختلف فيه ابن
القسم واشهب وهو ما اذا قامت البينة على هلاك الثوب بامر
لا صنع للعامل فيه ولا تفريط وعلى هذا التقدير اذا كان هلاكه قبل
عمل الصنعة فلا وجه لضمان الاجرة اذ لا صنعة هناك يقبضها المصنوع
عند ابن المواز فان قلت مضر المولف الخلاف على تقدير
سقوط الضمان وكما ان الخلاف موجود في هذا الوجه فهو موجود
في الوجه الاخر وهو ما اذا لزم الضمان الا ترى ان ابن القسم
قال في مسالة الطحان يدفع اليه القمح فينقص الدقيق ان على
الطحان ضمان ما نقص ما يخرج مثل قمحه من الدقيق واذا الزمه
الدقيق فبالضرورة تلزمه الاجرة قلت مراد المولف الاستظهار
على قولي ابن القسم وابن المواز ولا يتصور ان الا على الوجه الذي
ذكره وليس مراده ما عدى ذلك فان خلاف ابن المواز لابن
القسم في هذا الفرع شهير والمسالة التي فرضها السايل خارجة
عن ذلك والمنقول فيها هو ما ذكره السايل قال بعضهم والذي
يجب فيها على مذهب المدونة ان يكون على الطحان من القمح
ما يخرج منه قدر نقصان الدقيق فان كان القمح في التمثيل
ثمانية اقفزة وهذه الثمانية تكون مطحونة بربعها تسعة
اقفزة ولم يوجد في الدقيق الا ثمانية اقفزة ونقصه قفيز فيودي
اليه ثمانية اتساع قفيز من قمح مثل قمحه ويكون عليه ان يطحنه
فيصير قفيزا مطحونا وياخذ جميع اجرته وان لم يطحنه نقص من
اجرته على الطحين ما ينوبه وذلك تسع الاجرة ولا يجوز له على قياس
هذا القول ان ياخذ منه ما نقص من الدقيق لانه يكون اذا فعل
ذلك قد ابتاع منه قفيز دقيق بثمانية اتساع قفيز قمح وحيث

وجبت له ويتسع الاجره فيه فيدخله التفاضل بين القمح والدقيق وانما
قال في سماع اصبغ ياخذ منه الدقيق قياسا على قول ابن المواز فوق
هذا قال ابن رشد فيحصل في المسئلة يريد مسئلة المدونة وهي مسئلة
المولف ايضا فذكر قول ابن القسم وقول ابن المواز المفرقة بين البينة
وعدمها وقول بانه يودي قيمته معمولا وله اجرته من غير تفريق
يعني بين ان تقوم البينة على عمله اولا **وقوله** فلو شرط نفي الضمان
ففي انتفايه روايتان • قد تقدم في الرهن الكلام على هذا المعنى
ورواية ابن القسم وقوله انه لا ينفع شرط سقوط الضمان ورواية اشهب
وقوله انه ينفع والجاري على اصلهما عكس ما قاله كل واحد منهما لان
الضمان عند ابن القسم ضمان تهمة ويصح اشتراط سقوط موجبها كما اذا
شرط الوكيل المخصوص سقوط البينة على قضا الدين والجاري
على اصل اشهب انه لا ينفع لانه ضمان اصالة عنده فشرط سقوط
مخالفة مقتضى العقد وهو باطل والزم بعض الشيوخ على قول
اشهب هذا الا يكون للصانع المسمى وانما يكون له اجرة المثل
قال لانه انما رضي بالمسمى من اجل سقوط الضمان فاذا لم يوف
له به وجب ان تكون له اجرة المثل وهذا البحث ينبغي ان
يكون له الاكثر **وقوله** اما لو باعه دقيق حنطة على الكيل وعليه
طحنها فالضمان على البايع • لا شك ان البيع اذا انعقد على دقيق
حنطة بعينها قبل الطحن على الكيل وعلى ان البايع طحنها ان ضمان
الدقيق من البايع واذا كان الحكم فيما فيه حق توفية من دقيق
وشبهه ان الضمان من البايع حتى يقبضه المبتاع بعد كيله اووزنه
فكيف اذا انعقد عليه البيع قبل طحنه وانما كان ينبغي ان يذكر
هنا اذا باع حنطة على ان على البايع طحنها فههنا اذا قلنا بالجواز
يمكن ان يقال انه بيع واجارة فهل يضمنه مطلقا او يفرق فيه
فان ضاع ببينة سقط الضمان وان كان بغير بينة وجب الضمان

والمنصوص

ينفع

على

والمنصوص وجوب الضمان من البايع فهذا محل الاشكال فتخصيصه
بالتنصيص على حكمه اولى من التعرض لغيره مما لا اشكال فيه
وقوله واما غير محلها للحاجة كالكتاب للنسخ والجفن يصاغ على
نصله وظرف القمح فواضح • تصور كلامه ظاهر وانما قيد قوله
في الجفن يصاغ على نصله ولم يقل والجفن لانه لو قال كذلك لتوهم
ان الصياغة في الجفن فيكون محلا للصنعة والفرض ان الكلام
في غير محل الصنعة واما نقله المولف من القولين فهما صحيحان
في هذا الاصل على حسب ما دلت عليه المسايل من حيث الجملة
ولكن الواقع في اعيان المسايل يدل على ان قول القايل الواحد
منهم قد اضطرب في هذا المعنى ولما ذكر بعض الشيوخ المنصوص
في هذا الباب قال فيتحصل في ذلك ثلاثة اقوال اصحها الا يضمن
الا يضمن الا ما فيه عمل وان كان يحتاج اليه في عمله او يحتاج اليه
الشي المعمول وهو قول سحنون والثاني انه يضمن ما لم يكن
فيه عمل اذا كان يحتاج اليه في عمله او يحتاج اليه الشي المعمول
وهو قول ابن حبيب والثالث انه لا يضمن ما لم يكن له فيه
عمل وان احتاج اليه الشي المعمول الا ان يحتاج اليه في عمله وهو
قول محمد قال اصبغ في العتبية من اتى بخفين الى خراز يصلح
له احدهما فلا يضمن الا الذي فيه العمل قال بعض الشيوخ لا خلاف
في ذلك لان الثاني عنده بحكم الوديعة الا ان الشيوخ اختلفوا في
صفة تقويم الذي يضمنه منهما فمنهم من راي انه يقوم عليه وحده
على انه لا صاحب له ومنهم من راي ان يقوما جميعا ثم يقوم الباقي
وحده فيغرم ما بين القيمتين لانه افسد عليه الباقي بخلاف الثالث
وهو اصح كما لو استهلك له رجل احدهما ضمن ما نقصه منها **وقوله**
والاجرا والصناع تحت يد الصانع امناء • افاد قوله تحت يد الصانع
الاشارة الي موجب سقوط الضمان عن الصانع الاسفل لانه اذا كان

بلغ مقابلة على ... محمد

اذا كان تحت يد الاعلى صار صانعًا خاصا له ويكون الاعلى صانعا
مشتركا اما لو كان الصانع الاسفل يذهب بالمصوغ الى منزله فانه
يكون صانعا مشتركا فيضمن هكذا اشار اليه غير واحد وكلام
المولف يقتضيه وقال اشهب اذا كثرت الثياب على الغسال
مواجرا جرا يبعث الى البحر فيدفعون تلفافهم ضامنون قال
بن ميسر وذلك اذا واجرهم على غسل اثواب مقاطعة فانظر
هذا هل هو موافق لما قلناه اولا قال بعض الشيوخ فاذا دفع
رب الثوب الى الصانع الاول اجرته ولم يدفع الاول الى
الثاني اجرته فلرب الثوب قبض الثوب من الثاني بغير
اجرة ويدفع الاول الى الثاني اجارته اذا نقت دفع رب
الثوب الثاني الا ان يدفع اليه اجارته لانه ليس مستحقا لعين
الصنعة فياخذها بغير شي وفي العتبية عن مالك مثل ما قاله
هذا الشيخ في اول كلامه وكذلك في كتاب محمد قال
بن ميسر وان لم تقم بينه انه دفع الاجرة الى الاول فليحلف
الثاني انه ما قبض اجرته ويكون له على ربها الاقل من اجرة
مثله او من اجارة الاول ويتبع هو الهارب ببقية اجرته
قال في كتاب بن المواز ثم ان قدم الاول فاقر بقبض اجرته
فليرجع الغارم على الثاني بما قبض منه قال الشيخ ابو محمد وهذا
غير مستقيم ولا تقبل دعوى القادم على المقيم اذا كان القادم
عديما قال القاضي بن رشد قول بن ابي زيد صحيح ولم ينص
بن المواز على انه يرجع على الثاني باقرار القادم ان كان
عديما فينبغي ان يحمل قوله على ما يصح ان كان مليا قال وقول
محمد يحلف الثاني وياخذ الاقل صحيح وكذلك لو اقر صاحب
المتاع انه لم يدفع الى الاول شيئا قال وهذا اذا علم ما استوجره
او اقر بذلك الثاني واما ان لم يكن كذلك فلا سبيل الى اخذ

الى الاول قال ولا شبهه في القياس لرب الثوب ان ياخذ الثوب بغير شي

المتاع الا ان يدفع اليه جميع اجارته ان علمت وان لم تعلم فيتخرج
ذلك على قولين احدهما ان القول قوله في مبلغها مع يمينه اذا اتى
بما يشبه فان لم يات بما يشبه لم يصدق وكانت له اجرة مثله
والثاني انه لا يكون له الا اجر مثله وان اشبه ما ادعاه وهو
الذي ياتي على مذهب بن القسم قال وانما وجب ان يكون للثاني
الاقل على صاحب المتاع لانه غرم غريمه لا من اجل ان السلعة
رهن اذ ليست برهن فلا يكون له امساكها ولا احق من صاحبها
ان فلس عند بن القسم وكذلك لا يكون القول قوله اذا ادعى اكثر
من اجارة مثله قال وانما وجب ان يكون لصاحب المتاع
اخذه معمولا دون غرم للثاني اذا كان قد دفع للاول
لان العمل على الاول مضمون ولو كانت الاجارة على عمل الاول
بعينه لما وجب لصاحب المتاع اخذه ولو كان قد دفع الاجر
للاول الا ان يعلم الثاني بتعدي الاول قال وهذا الذي
ياتي على اصولهم ولا اعلم فيه نصا وقوله واما اجير حمل غير
الطعام فان فرط او غر ضمن والا فلا حامل غير الطعام لم يغير
عين المحمول ولا صفته فليس فيه مقتضي من مقتضيات الضمان
كما قيل في الصانع واما ضمانه بالتفريط المقتضي للهلاك حينئذ
اتلاف بمباشرة ولا شك انه موجب للضمان واما غروره من
ضعف احبل او اعثار دابة فان كان هو يتولى سوقها فظاهر
انه غرور بفعل وهو موجب للضمان ولا مبالاة بالقول الشاذ
في سقوط الضمان بالغرور بالفعل لضعفه وان كان يتولى
السوق غيره فشبهه بالغرور بالفعل اقوى من شبهه بالغرور
بالقول وحيث حكمنا بالضمان في هذه المسلة فظاهر المدونة
وهو مذهب بن حبيب انه يلزمه المثل او القيمة بموضع هلك قال
بن حبيب وله من الكرا بحسابه الى ذلك الموضع واجرى على قول

لان الاهلاك

غيره انه مخير في ان يضمنه قيمته يوم التعدي او يوم هلاكه **وقوله**
وفي حمل الطعام يضمن مطلقا الا ببينة وقال به الفقهاء السبعة.
يعني ان اجير حمل الطعام مخالف لاجير حمل غير الطعام في ان هذا
ضامن حتى تقوم البينة على وفق دعواه وحامل غير الطعام الاصل
سقوط الضمان عنه حتى يغر او يفرط كما تقدم فان **قلت** الى
ماذا يرجع قول المولف مطلقا **قلت** الى اثبات الضمان في المواضع
التي نفي الضمان عنها في المسلة السابقة بقوله هناك والا فلا لكن
استشكل بعضهم استثنا المولف نفي الضمان عند قيام البينة
واقتصاره على هذا وراي ان ذلك يوهم ثبوت الضمان في كل
ما عداه وليس كذلك فان من المسايل التي يسقط الضمان فيها
عن حامل الطعام ان يكون ربه مصاحبا لحامله ويحتمل ان
يجاب عنه بان مصاحبة ربه له ابلغ في الدلالة على صدق
الحامل من البينة فان حضور ربه معه يتنزل منزلة الاقرار
والاقرار اقوى من البينة فسكوت المولف عن المصاحبة انما كان
استغناء عنها بما ذكره مما هو مستلزم لها والله اعلم وعمدة المذهب
في تضمين حاملي الطعام لما حملوه قريب مما تقدم في تضمين الصناع
الا انهم قرروا ههنا بان الايدي تمتد الى الطعام غالبا فلو قبل
قولهم في ذلك لادى الى تلف هذا النوع ولكنه لا ينهض مثل
نهوضه في الصناع لان الحمل ايسر من الصنعة اذ يمكن من اكثر
الناس والصنعة لا تمكن من الاكثر ومشهور المذهب الا تفصيل
في المطعومات في الحكم الذي ذكره المولف ولابن حبيب
في ذلك تفصيل ذكره غير واحد قال والذي يضمنونه من الطعام
والادام ما كان قوتا خاصة فمن ذلك القمح والشعير والدقيق
والسلت والذرة والدخن والعلس والكرسنة وليس الارز
من ذلك لانه مما يتفكه به قال الشيخ ابو محمد لعل هذا في بلد غير

بخلاف الاول لان حامل الطعام الاصل ... اه جماعة

بلد

بلد الارز والا فبعض البلدان هو جل قوتهم قال ابن حبيب ويضمنون
الترمس الفول والحمص والعدس واللوبيا والجلبان ولا يضمنون
الترمس لانه تفكه ولا يضمنون من الادام الا الزيت والعسل والسمن
والخل فاما المري والرب والاشربة الحلال والجبن والشيراز
واللبن والزبد وساير اللحم والابزار فلا يضمنونه ولا يضمنون من جميع
الفواكه رطبها ويابسها الا التمر والزبيب والزيتون ويضمنون
الملح ولا يضمنون شيئا من الادهان وكلما وصفنا انهم لا يضمنونه
فهم مصدقون في تلفه كساير العروض قال ابن المواز عن اصبغ
اذا فارق رب الطعام حامله في بعض الطريق لم يضمن قال
ابن المواز لان اصل حمله على غير التسليم وقال بعض الشيوخ ان
كان ربه تركه وذهب على ان لا يعود فالضمان على حامله وان
كان على ان يعود اليه فلا ضمان واحتج بقول اهل المذهب
في المكترين اذا بلغوا المسافة وجاوزوا والعروض المحمولة حيازة
الرهن انهم يضمنونها فكما ينتقل حامل العروض من عدم الضمان
الى الضمان فكذلك ينتقل حامل الطعام من عدم الضمان الى
الضمان وقد يفرق بينهما بان حامل الطعام في هذا الفرع لم
تتغير حاله في قبضه للطعام في نقل ولا نية وانما تغيرت حال
دافعه وتغير حال الدافع من انه ذهب عن الطعام ولا يعود
اليه لا يوجب حكما على القابض بغير اختياره ولا تسببه واما
حامل العروض فتغيرت حاله قابضها بالامساك على وجه
لم يكن قبل ذلك وهو ما على ذلك الامساك حقيقة ولا استبعاد
في تغير الحكم لتغير سببه قال الشيخ ابو الحسن اللخمي واختلف
اذا حمله في المدينة ولم يصحبه صاحبه او في السفر في البحر
وصاحبه معه او لم يكن معه صاحبه وليس الطعام مما تدعوا
الحاجة اليه في الغالب فالمعروف من المذهب انه غير مصدق

اذا غلب عليه وان حمله في البلد وقال ابن كنانة في كتب المدنيين
لا ضمان عليه يريد لانه في المدينة قادر على ان يصحبه من غير
ضرر عليه فان لم يفعل كان قاصدا الى الائتمان قال وان
صحب صاحبه في البحر ثم نقص او ذهب بعضه صدق عند مالك
وفي اكريه السفن انه غير مصدق قال لانه سلمه وحازه وانما
بين خل التاجر وقت اقلاعه وهذا الذي استحسنه اللخمي **وقوله**
واما اجير الحراسة فلا يضمن شيئا • يعني سواكان على حراسة
طعام او غيره هكذا نصوا مع ان الايدي تمتد للطعام في
الحراسة كما تمتد في الحمل قال بعضهم الا ان تلجي الضرورة
الى ما يخاف على الطعام منه فيستاجرون نقاية لشره وليدفع
شر قوم اخرين فيضمنون او تعلم منه الخيانة فيضمن **وقوله**
والحمامي امين على الثياب وقيل يضمن • ظاهر كلامه ان الحامي
هو مكتري الحمام لا حارس الثياب فان كان هذا مراده فالمشهور
لا ضمان عليه مطلقا الا ان يفرط وليس القول الثاني بالضمان
مطلقا بموجود في المذهب والله اعلم والذي قاله مالك في
العتبية وقد امرت صاحب السوق ان يضمن اصحاب الحمامات
ثياب الناس او ياتوا بمن يحرسها قال ابن يونس ورايت في
بعض الحواشي عن ابن عبد الحكم مثله وزاد ولا ضمان على من يحرسها
وقال القاضي ابن رشد في حارس الحمام تفصيل ان استاجره
صاحب الحمام لحفظ ثياب الداخلين باجرة ثابتة في ذمته
فلا اختلاف في عدم ضمانه الا ان يفرط واما ان كان يحرس
ثياب الناس بجعل ياخذه من كل داخل فقال مالك لا ضمان
عليه قال ابن لبابة وما سواه خطأ وضمنه ابن حبيب قال
ابن المواز من استوجر يحرس بيتا فينام فيسرق ما فيه فلا يضمن
وان غاب عليه وله جميع الاجر وكذلك حارس النخل قال ابن المواز

لا يضمن

لا يضمن الحراس الا بتعد كان ما يحرسه مما يغاب عليه ام لا طعاما
او غيره وكذلك من يعطي طعاما ما يبيعه فيضيع او يضيع ثمنه الا ان
هذا لا اجر له ولا ضمان عليه قال مالك في العتبية فيمن بعث
معه بخادم يبلغها موضع كذا باجر مسمى فنام في الطريق فابقت
او ماتت فان ابقت حوسب وان ماتت فله الاجارة كلها
وقال ابن القسم الموت والاباق واحد وله الاجر كلها ويستعمله
في مثل ذلك حتى يتم او يبلغ وقال ابن وهب نفعا من عمل له من
الاجارة حيث بلغ فقط **وقوله** وكل من اوصل نفعا من عمل او
مال مما لا بد له منه لغرم فعليه اجر العمل ومثل المال كالف
عمل يليه بنفسه او بعبده او مال يسقط مثله عنه • هذا الكلام
اتى به المولف في اخر الاجارة ليبين به ان الاجرة قد تجب للعامل
بغير امر من وصلت اليه المنفعة وان ما ذكر في الاركان
من العاقدين لا يعترض بمثل هذا كما لا يعترض بذلك في البيع فذكر
ان وصلت اليه المنفعة من غيره او وصل اليه منه مال على
اي وجه كان بامر المنتفع او بغير امره بشرط ان يكون ذلك
الواصل مما لا بد منه للمنتفع به لو اخذ فعليه قيمة المنفعة
وهي الاجرة قال المولف ومثل المال وهذا ان كان المال
من ذوات الامثال فظاهر وان كان من ذوات القيم فيحتمل
ان يقال كذلك لان معطيه كالمسلف ويحتمل ان يقال عليه
القيمة ولم يشترط المولف في وصول المنفعة للمنتفع ان يكون
الذي اوصلها قاصدا الى ايصالها بل ظاهره ان ذلك العوض
يجب مع الغلط وقد وقع في الذي حرث ارض جاره ليلا يظنها
ارض نفسه غلطا منه مثل ما قاله المولف وذلك يدل على انتفا
الشرط المذكور وهذا الفرع مما يحسن ان يجعل مثالا للعمل الذي
ذكر المولف واما قوله ومال فمثاله من انفق على زوجة رجل

بامر المنتفع او بغير امره صح

اوولد وشبهه ممن تلزمه نفقته فان هذا يرجع على من وجبت
عليه النفقة ابتدا على الوجه الذي ذكرناه واما قوله بخلاف عمل
يليه بنفسه او بعبد يبغي به انه لا يلزم ذلك المنتفع عوض لانه
غير منتفع في المعنى وكذلك اذا انفق على من لا تلزم غيره نفقته
او انفق على من يلزم غيره ان ينفق عليه فانفق اكثر من القدر اللازم
فانه يسقط عنه الزايد على نفقة مثله ولا اشكال في ان مراد
المولف بقوله فانه يسقط عنه الزايد نفعا ما هو اعم من المنفعة
التي هي احد العوضين في الاجارة الا ترى انه قسم ذلك النفع الى
العمل والمال **وقوله** للتنازع • هذا الفصل اتى به المولف في
اخر كلامه على الاجارة على عادته وعادة غيره في تعقيب عقود
المعاوضة بالكلام على التنازع فيها تكميلا للفائدة ولما ادخل المولف
في الكلام في الاجارة الكلام على اجارة الحيوان البهيمي والكلام
على كرا الدور والارضين فكان ينبغي ان ياتي بالكلام على التنازع
في اجرة البهايم والدور لان الاستيفاء بين التنازع في هذه الاجارة
حاصل في المذهب بحيث لا يطمع ان يكتفي بمعرفة الحكم في احد
نوع منها عن معرفة الحكم في بقيتها وذلك منصوص عليه في المدونة
وغيرها ومن رام ان يكتفي بحكم الصانع في ذلك عن حكم اجارة
الدواب كمن رام ان يكتفي بمعرفة الحكم في اختلاف المتبايعين
عن معرفة الحكم في اختلاف الاجير والمستاجر **وقوله** بان يقول
رب المتاع سرق وقال الصانع استصنعتني فقال ابن القسم
يتحالفان ويقال للمالك ادفع قيمة العمل فان ابى قيل للصانع
ادفع قيمة المتاع بغير عمل فان ابى كانا شريكين بالقيمة والعمل
وقال غيره العامل مدع • يعني ان التنازع بين رب المتاع
والاجير بان ينكر ربه الاذن للصانع بوضع اليد ويدعي الصانع
انه دفعه له لاجل الصنعة فاختلف فيها على قولين فقال ابن القسم

يتحالفان

يتحالفان يريد وليس التحالف هنا كاختلاف المتبايعين لا في التخيير
عند من يراه ولا في ان البايع هو الذي يبدا وهو الاجير لان تبدية
البايع هناك بسبب اتفاق المتبايعين على حصول البيع ووقع التنازع
بينهما في مقدار العوض او جنسه وهنا رب المتاع هو الذي
بيده كما بيد الوادعي مالك سلعة على غيره اشتراها سلعة فلاجل
هذا قال الشيخ ابو محمد وغيره يحلف اولا صاحب الثوب
انه ما استعمله ثم يقال للصانع ادفع اليه قيمة ثوبه والا فاحلف
انه استعملك فان حلف قيل لربه ادفع اليه اجر عمله وخذه
وهذا هو معنى قول المولف ويقال للمالك ادفع قيمة العمل وبقيه
كلام ابن القسم ظاهر التصور والالف واللام في قوله بالقيمة والعمل
للعهد اي بقيمة المتاع المتقدم غير معمول وبقيمة العمل الذي
صنع العامل في المتاع ولا خفا ان اماما له غير ابن القسم هو الاصل
لان العامل يطلب اخراج شي من ذمة رب المتاع فعليه
البينة زاد في المدونة تمام كلام غير ابن القسم ولا يكونان شريكين
وقال بعض الشيوخ لا يتحالفان حتى يقال لصاحب الثوب
ما تريد فان قال اريد تضمين الصانع قيل له فاحلف انك
ما استعملته فان حلف قيل للاخر احلف لقد استعملك لتبرا
من الضمان ثم قيل لرب الثوب ادفع اليه قيمة الصبغ لانه
قد برى من الضمان بيمينه اولا فان ابى قيل للاخر ادفع اليه
قيمة ثوبه فان ابياه كانا شريكين وان قال صاحب الثوب
اولا اريد ان اخذ ثوبي نظر الى قيمة الصبغ فان كانت
مثل دعوى الصانع فاكثر فلا ايمان بينهما ويقال لرب
الثوب هب ان الامر كما قلت انه سرق لك واردت اخذه
لم تقدر على اخذه الا بدفع الاجارة التي قال الصانع اذا كانت
مثل قيمة الاجارة او اقل ولا يمين هاهنا وان كان ما ادعاه

الصانع اكثر حلف المستحق وحلف فيحط عن نفسه الزايد علي قيمة الاجارة
من التسمية التي ادعاها فعلي هذا يصح الجواب في قوله سرق مني والي نحو هذا
نحا اللخمي ايضا واستحسن هو قول بن القسم ورأي ان التنازع شبهة
تسقط التضمين عن الصانع واما تتمة هذه المسئلة بما زاده في المدونة
اذا ادعي رب المتاع ان الصانع سرقه منه وكان الصانع ممن
لا يشار اليه بذلك فانه يعاقب رب المتاع والا لم يعاقب فقد
قدم المولف الكلام عليها في غير هذا الكتاب فلذلك سكت
عنها ههنا **وقوله** فلو قال المالك اودعتك فقال بن
القسم القول قول الصانع والا ذهبت اعمالهم لانهم لا يشهدون
وقال غيره العامل مدع • اعتبر بن القسم الغالب فان ما بايدي
الصناع الغالب عليه انه للصنعة لا للوديعة ولا يكلفون
الاشهاد علي ما قبضوه للصنعة لان العرف اطرد بخلافه
فلو اعتبرنا الاشهاد لطلبناهم بما هو ساقط عنهم والا ذهبت
اعمالهم بغير عوض واعتبر غير بن القسم الاصل قال بن يونس
وقاله بن حبيب قال وكذلك لو قال ربه سرق مني وحلف
ثم ياخذ ثوبه مصبوغا او معمولا بغير غرم الا ان ينقصه الصبغ
او يغسله فربه مخير بين اخذه او تركه واخذ قيمته وان زاده
الصبغ فله اخذه بلا غرم وقال اللخمي يعني قول غير بن القسم يريد
انه يكون علي حكم المتعدي لانه لم يفرط قال واصل سحنون ان
القول قول الصانع في طرح العدا والقول قول الاخر في طرح
التسمية ويكونان شريكين قال وهذا الاختلاف اذا اراد التضمين
فاما ان اخذ ثوبه وكانت اجارة المثل مثل المسمي فاكثر اخذه
ودفع المسمي ولا ايمان وان كانت اجارة المثل اقل من المسمي
كان فيها قولان فقول مالك يحلف الصانع ويأخذ المسمي وعلي
قول غيره يحلف صاحب الثوب ويدفع اجارة المثل **وقوله**

ولو صاغ سوارين فقال المالك امرتك بخلخالين صدق الصانع
هكذا في المدونة يعني مع يمينه وانما رجح قول الصانع هنا لدعوي
العدا عليه وظاهر كلام المولف وهو ظاهر المدونة ان الصانع اذا
حلف اخذ المسمي قال سحنون ان في بعض الروايات بأثر الكلام
الاول لان ارباب المتاع يدعون تضمينهم فالقول قول الصانع
مع ايمانهم ولهم الاقل من اجر مثلهم او ما سموا وقال اللخمي ان الجاري علي
مالك قول سحنون ان يكون القول قول صاحب الفضة
انه لم يستاجره ليعمله سوارين والقول قول الصانع انه لم
يتعد ويكونان شريكين هذا بقدر الفضة والاخر بقدر الصنعة
الا ان يحب صاحب الفضة ان يعطيه اجارة المثل اذا كانت
اقل فان **قلت** كان هذه المسئلة في المدونة وكذلك مسئلة
اختلاف الصباغ ورب الثوب في صبغه بعد العمل والحكم فيهما
في المدونة واحد الا ان مسئلة الصبغ فيها خلاف لابن حبيب والكلام
فيها متسع فهلا اتي بها المولف عوضا عن هذه لانها اتم فائدة
قلت قد قدمنا ان تصديق الصانع في مسئلة السوارين
انما كان لانه مدعي عليه العدا بعد فوات العمل فاذا قبل قوله
في ذلك مع ان الصنعة يمكن ازالتها وعود المصنوع الي الحال
التي كان عليها فلان يقبل قوله في مسئلة الصبغ مع امتناع عود المصبوغ
الي ما كان عليه اولي **وقوله** فلو قال المالك بثلاثة والصانع
باربعة صدق الصانع فيما يشبه بخلاف البنا لانه غير حائز للمالك •
يعني ان الصانع اذا اختلف مع المالك في قدر الاجرة بعد العمل
فلا يخلوا ان يكون ذلك في موضع الصانع او في موضع المالك
والاول يكون فيه القول قول الصانع اذا ادعي ما يشبه لتقاربا
تشبه بحث بعده فان لم يات بما يشبه حلف المالك ان اتي بما
يشبه وهو ظاهر فان اتيا بما لا يشبه كان للصانع اجر مثله واما

الثاني وهو ان لا يكون الصانع حايزا للمصنوع فينعكس الامر فيه
ويكون القول قول المالك كمن استاجر اجيرا على بنا حايط في ملكه
والفرق بينهما هو ما اشار اليه المولف ان المصنوع في الاول باق
تحت يد الصانع وهو يشبه البايع الذي لم يخرج السلعة من يده
فالقول قوله وهو في الثاني قد اخرج المصنوع من يده بل لم
يكن له يد عليه في الحقيقة وهو تحت يد مشتري الصنعة وقد
فات فالقول قول ذلك المشتري والله اعلم **وقوله** ولو اختلفا
في رده فالقول قول المالك قبضه ببينة او بغير بينة وقال
ابن الماجشون ان قبضه ببينة والا فالقول قول الصانع • يعني
لو طلب المالك اخذ المصنوع من الصانع فقال رددته اليك
لكان القول قول المالك وسوا قبضه الصانع ببينة او بغير
بينة وكذلك الرهن والعاريه وما بيع على خيار فيما يغاب
عليه لان هذه الخمسة مقبوضة على الضمان وراي ابن الماجشون
ان المصنوع كالوديعة والقراض لان الضمان بسبب التهمة
لا بالاصالة **كتاب الجعالة وقوله** الجعالة اركان • جرت
عادة الفقها باستعمال هذه اللفظة في العقد على منافع شانها
لا يجب فيها العوض الا بتمام ذلك العمل وحصول ثمرته واختلف
الفقها في جوازها فاجازها ملك والشافعي في احد قوليه ومنعها
ابو حنيفة واحسن ما للمجيز حديث ابي سعيد الخدري في
الصحيح قال انطلق نفر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من العرب فاستضافوهم
فابوا ان يضيفوهم فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا له بكل شي لا ينفعه
شي فقال بعضهم لو اتيتم هولا الرهط الذين نزلوا عندنا
لعله ان يكون عند بعضهم شي فاتوهم فقالوا لهم يا ايها الرهط
ان سيدنا لدغ وقد سعينا له بكل شي لا ينفعه شي فهل عند احد

من

منكم من شي فقال بعضهم نعم والله لا ارقي ولكن والله لقد استضفناكم
فلم تضيفونا فما انا براق حتى تجعلوا لنا جعلا فصالحوهم على قطيع من
الغنم فانطلق يتفل عليه ويقرا الحمد لله رب العالمين فكانما نشط من
من عقال فانطلق يمشي وما به قلبة فقال فاوفوهم جعلهم الذي
صالحوهم عليه فقال بعضهم اقسموا فقال الذي رقى لا تفعلوا
حتى ناتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذي كان
فننظر ما يامرنا به فقدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم
فذكروا له ذلك فقال وما يدريك انها رقية ثم قال اصبتم
اقسموا واضربوا لي معكم سهما فضحك **وقوله** المتعاقدان اهلية
الاستيجار والعمل • يعني انه يشترط في الجاعل وهو الطالب لحصول
المنفعة ما يشترط في المستاجر وكذلك المجعول له هو العامل احاله
على الاجارة وقد احال الاجارة على كتاب البيع والمعنى في الجميع
واحد اذ لا يصح شي من ذلك الا من الرشيد او من المحجور باذن
وليه ومعنى قوله والعمل على ان العمل في الجعالة قد لا يتصور من بعض
الناس كالواجد مثلا على طلب مصحف ضاع لربه وكذلك الحايض
في زمن الحيض **وقوله** ولا يشترط في المجعول له التعيين • تقدم
الان تفسير المجعول له وليس مراده هنا بالتعيين الذي نفى عنه
الشرطية في المجعول له تعيين العامل فان ذلك غير مشروط
في الاجارة التي هي اضيق من الجعالة لما تقدم انها تكون مضمونة
وغير مضمونة بل مراده هنا انه لا يشترط في العامل تعيينه
ليعقد معه كما يشترط ذلك في الاجارة فان **قلت** اذا كان
مراده هنا ما ذكرته فلم عطف عليه قوله ولا العلم بالجعالة الا ترى
ان معناه انه لا يشترط في العامل ان يكون سمع ذلك من الجاعل
او ممن بلغه عنه **قلت** اراد بالكلام الاول انه لا يشترط
في العامل العلم بالتزام الجاعل على دفع العوض في الجعالة كما

اشترطه بعض العلما ولذلك اتي بقوله فلو قال من رد عبيدي علي
الابق فله دينار لمن احضره استحقه علم بالجعل له او لم يعلم به تكلف
طلبه او لم يتكلف فذكر المولف هذه المسلة مثالا لما اجمله في المعطوف
والمعطوف عليه فقوله لمن احضره استحقه بيان لقوله ولا يشترط
في المجعول له التعيين وقوله علم بالجعاله او لم يعلم بيان لقوله
ولا العلم بالجعاله ولا خفا ان الضمير المنصوب من قوله احضره راجع
الى الابق وشبهه وان الضمير المنصوب من قوله استحقه راجع
الي الدينار واما قوله تكلف طلبه او لم يتكلف فهو في التكليف
ظاهر وكذلك مع عدم التكليف اذا كان مع القصد الي الطلب
فوجد بقرب ما طلبه واما لو وجده مجاناً من غير طلب
ولا قصد اليه فالاظهر ان لا شي له لان العوض هنا من اكل المال
بالباطل والله اعلم **وقوله** وعليه نفقته • يعني وعلي المجعول
له نفقته علي العبد الابق في مده الاتيان به الي سيده وهكذا
هو في التنبيه وفي كتاب بن المواز معناه وفيه نظر لان للنفقه
جزا من العوض وذلك بيع مقترن بالجعاله الا ان يقال ان ذلك
من ضرورات هذا العقد ولا يتصور الانفكاك عنه الا بان
يجعل سلفا من المجعول له يوديه عن الجاعل وعلي هذا التقدير
يتعان في فساد ضم السلف الي الجعاله وهو اشد من ضم البيع اليها
وقوله فان احضره قبل القول وعادته التكسب بذلك
فله اجر مثله بقدر تعبه وان شا ربه تركه ولا شي له وان لم
تكن تلك عادته فله نفقته فقط لما تكلم علي حكم ما اذا اتي
به بعد التزام ربه ما التزمه عوضا عن الاتيان به عقبه
بالكلام علي ما اذا اتي به قبل ان يلتزم ربه فيه شيا فاما ايجابه
اجر مثله اذا شا ربه اخذه فيظهر اذا كان ربه ممن لا يتولي طلبه
بنفسه علي نحو ما تقدم في الاجاره واما تخييره ربه في تركه فظاهر

لانه قد تستغرق اجرته قيمة رقبته فلو كلفناه اخذه ودفع الاجرة لكان
ذلك ضررا عليه واما سقوط الاجرة اذا لم يكن طلب الابق عادته
فلان الغالب من حال من يفعل هذا انما هو الاحتساب ولكن
لم يحكموا بمثل هذا في النفقه لان النفوس تخف عليها في المنافع ما
لا يخف عليها في الاعيان ولم يلزم مثل هذا في النفقه علي اللقيط
وانهم قالوا هي علي جهة الاحتساب لان اللقيط حر وقد لا يعلم
ابوه فالمنفق عليه في هذه الحاله لا يدخل علي العوض غالبا ولو دخل
علي ذلك لم يكن له شي علي ما تقدم في محله واما الابق فهو مملوك
وسيده غني به ممن جهة المنفق عليه ان يقول انما انفقت
لارجع ولو كان في رقبته وقال بن الماجشون فيمن ليس شانه
طلب الابق لا شي له يريد والله اعلم لا جعل له ولا نفقه وقد حكي
ذلك عنه مفسرا **وقوله** فلو افلت فاخذه اخر فجاء به
فعلي مالك الجعل بينهما بقدر شخوص كل واحد منهما • يريد انه
اذا جعل في عبده مثلا عشره فاتي به رجل فذهب منه في
اثنا الطريق فاتي به اخر فعلي مالكه تقسيم العشره بينهما علي
قدر عمل كل واحد منهما وهو صحيح اذا كان العبد لم يبعد
عن الموضع الذي افلت منه ولو بعد حتي رجع الي حيث وجد
الاول لا ينبغي ان لا يكون للاول شي واشار بعض الشيوخ
الي مراعاة هذا المعني ذكره في مسلة اخري **وقوله** ولو استحق
بعد ان وجده فالجعل علي الجاعل لا المستحق • يعني لو اتي به
المجعول له فاستحقه رجل قبل ان يقبضه الجاعل فالجعل
عند مالك علي الجاعل وحده ولا يرجع به علي احد ومثله عن
بن القسم واصبغ وقال بن المواز عمن يرضا بان الجعل علي
المستحق بالاقل مما دفع او من جعل المثل واختاره بن المواز
واستحسنه اللخمي بشرط ان لا يكون المستحق ممن يلي ذلك بنفسه

او عيبه من يليه قال ابن المواز ومن جعل الى رجل في طلب آبق جعلا
فقطعت يده او فقيت عينه قبل ان يصل به ربه فصار لا يساوي
الجعل او نزل به ذلك قبل ان يجده ثم وجده فله جعله كاملا لا ينظر
ازاد العبد ام نقص وقاله مالك **وقوله** وفي سقوطها بالحرية
قولان • الاستحقاق في الفرع السابق كان بملك وهذا الاستحقاق
بحريه اي ظهر بعد ان اتى به انه حر من الاصل والقول بوجوب
الاجرة في ذلك هو الجاري على اصل ابن القسم من غير مسلة وقد ذكر
عنه منصوصا والقول بسقوطها هو مذهب اصبغ والاول اقرب
لان خطا الجاعل لا يبطل حق المجعول له **وقوله** المجعل كالاجرة
شبه الجعل وهو عوض العمل بالاجرة وقد تقدم منه في الاجارة
تشبيه الاجرة بالثمن في البيع يعني ان كل ما جاز ان يكون
ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة وجعلا في الجعالة
فيجتنب في الجميع مانع الغرر وغيره من الموانع فان قلت
مراد المولف هنا انما هو اجتناب الغرر الا ترى انه جعل نتيجة
عن هذا الكلام قوله فلا يجوز بعبد ولك من كل دينار قيراط ولا
ولك نصف الابق فان المانع من هاتين الصورتين انما هو جهالة
الجعل لا غير **قلت** لما كان السابق الى الوهم انه يغتفر في الجعالة
الجهل بالجعل كما يغتفر ذلك في العمل اتى المولف بكلام عام اولا وهو
ما دل عليه تشبيه الجعل بالاجرة على ما فسرناه ونزل ذلك بانه لا
يغتفر الغرر هنا الذي يتوهم اغتفاره فاذا لم يغتفر هذا المانع
فاحرى غيره من الموانع والله اعلم وقد اجاز بعض العلما الصورة
الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما المولف ولا يبعد كان جوازها
على اصل المذهب اذا قلنا انه لا مجاعلة على البيع الا اذا علم مقدار
ثمن المبيع عادة فاذا يصير الكلام في قوة قوله بعها بعشرة ولك
من كل درهم ثمنه واما الصورة الثانية وهي مسلة الابق فلا اشكال

في

في منعها واما قوله باثر ذلك فان نزل فله جعل مثله فيعني به فان
نزلت الصورتان او احداهما وهاتان الصورتان لبعض صور الجعالة
الفاسدة وسياتي بعد هذا الكلام عليها فان قلت فهل يظهر
لحكم هاتين الصورتين بعد الوقوع معنى او ذلك محض زيادة يستغنى
عنها بما يذكره المولف الآن من حكم الجعل الفاسد **قلت**
قد يظهر له معنى زايد وذلك انه في المدونة لما ذكر مسلة من
اتى بعبد آبق فله نصفه قال فان اتى به فله اجر مثله
فقد يسبق الى الذهن ان الواجب في هذه الصورة اجارة المثل
لا جعل المثل كما هو ظاهر اللفظ لكن معنى هذا الكلام عند المحققين
هو ما قاله المولف جعل المثل لان اجرة المثل تجب دفعها اذا
عمل العامل سوا ظهر له فايدة كاتيانه بالابق او لم تظهر
له فايدة وجعل المثل لا يجب الا اذا ظهرت للعمل فايدة ولما علق
وجوب العوض هنا على الاتيان بالعبد دل على انه تجوز في
الاجرة واطلق لفظها على الجعل لقرب ما بينهما من الشبه
قال بعض الشيوخ فلو وجد المجعول له العبد فاتى به من مكان
بعيد فقد فات بيده فيكون مشتريا له يوم قبضه شرا فاسدا
فيكون له قيمة عمله في طلبه ويكون له مع ذلك قيمة نصف الابق
به من حين وجده لان ملك نصفه قد انتقل عن ربه ويكون
على المجعول له نصف العبد يوم قبضه **وقوله** فلو قال
لواحد دينار ولاخر دينارا ان فرداه معا فقولان ينفردان
ويشتركان • معنى قوله ينفردان وهو قول ابن نافع في المدونة
ان يكون لكل واحد نصف جعله لان نسبة ما اتى به من
الشيء الذي جعل فيه هو النصف فيكون له من الجعل بتلك النسبة
ومعنى قوله ويشتركان وهو قول ابن القسم في المدونة ايضا
اي يتحاصان في اكثر الجعلين وهو عشرة على قدر ما جعل

لكل واحد منهما لصاحب العشرة ثلثاها ولصاحب الخمسة ثلث
العشرة والاول هو اختيار ابن المواز قال وكذلك لو جعل لثلاثة فاكثر
اعواضا مختلفة القدر لاحضر كل واحد منهم ما اتفق معه به وقد
يقال ينبغي ان يكون لهما في مسالة المولف الاقل من جعل المثل او
من نصف ما جعل لكل واحد منهما وذلك ان الجعل لا يستحق في الجعالة
الا بتمام العمل وكل واحد منهما لم يتم عمله الذي اتفقا عليه فلا ينبغي
ان يستحق شيئا من العوض غير انه من اتي بابق وشانه طلب
العوض علي ذلك فله عوض المثل فينبغي ان يكون لهما عوض المثل
ليشتركان فيه ايضا علي قدر عملهما ما لم يكن ما يجعل لهما علي مذهب
ابن نافع اقل من ذلك فلا يزاد ان عليه لانهما قد رضيا به وقلنا
مذهب ابن نافع لانه اظهر من قول ابن القسم قال بعض الشيوخ
فلو كان عوض الخمسة عوضا فاما علي مذهب ابن نافع فيكون لكل
واحد منهما نصف ما جعل له من دينار او عرض واما علي مذهب
ابن القسم فيقوم العرض فان ساوي خمسة كان لصاحب العشرة
ثلثاها ويخير صاحب الخمسة بين ان ياخذ ثلث العشرة او ياخذ
ما يقابل ذلك من العرض وهو ثلث ذلك العرض **وقوله**
العمل الا الاجرة الا انه يشترط كونه معلوما فان مسافة العبد والضالة
غير معلومة • تقدمت القيود التي ذكرها المولف في عمل الاجارة
ولما احال المولف هنا عمل الجعالة عليها احتاج الي استثنا ما
وقعت المخالفة به بين العملين فان العلم لا يشترط في بعض انواع
عمل الجعالة وهو حيث ذكر المولف في رد العبد والضالة وان
كان كلامه يوهم العموم في جميع انواع عمل الجعالة فليس كذلك فمذهب
المدونة انه لا يجوز الجعل في حفر البير الا بعد ان يخبرا معا الارض ثم
اشترط في العتبية استوا حال الجاعل والمجعول له في العلم بحال
الارض والجهل بها ومنع ان يكون احدهما عالما بحالها والاخر جاهلا

وقوله ولو وجد ابقا او ضالا من غير عمل فلا جعل له علي رده
ولا علي دلالته لوجوبه عليه • هذا الكلام يحقق به التشبيه بين الجعالة
والاجارة في العمل وان من وجد الابق والضالة من غير عمل لم يجز
له اخذ العوض لان هذه المنفعة غير متقومة وما ليس بمتقوم
لا يجوز اخذ العوض عنه كما تقدم في الاجارة واما علي الدلالة وحدها
فللوجه الذي ذكره المولف وكذلك هو في الاجارة **وقوله**
ومن شرطه ان لا يقدر بزمان والا فهو اجارة • يعني ان الاجل
مانع من موانع الجعل فلا يجوز ان يضرب فيه اجل لان ذلك يزيد
غررا وليس كالاجارة فان العوض يستحق في الاجارة بتمام الاجل
تم العمل او لم يتم والجعل لا يستحق الا علي تمام العمل فلو ضرب
فيه الاجل لاحتمل ان ينقضي قبل تمام العمل فينقضي عناوه باطلا
فان **قلت** نفرض نحن بانه يستحق العوض بتمام الاجل سوا
تم العمل او لم يتم **قلت** قد اجاب المولف عن ذلك
ان هذا فرض يخرج الجعل عن حقيقته ويعود اجارة وهو
معني قوله والا فهو اجارة ثم اجاز في المدونة ضرب الاجل
اذا كان العامل يترك العمل متي شا واما مسالة بيع نصف
الثوب واشتراط ضرب الاجل فيها فقد تقدمت الاشارة
اليها في الاجارة وشراح المدونة اولي بالكلام عليها
والذي ذكره المولف هنا هو المعول عليه في المذهب
وقد خرج المولف في اواخر هذا الكتاب عن عادته من الاختصار
في التعريض الي مشكلات المدونة فلذلك لم نتعرض نحن من
جلب تلك المشكلات **وقوله** وفي جوازه في الشي الكثير
قولان • هذه طريقة بعض الشيوخ في نقل المذهب ومنهم
من يقول ما يقبل القلة والكثرة لم يجز الجعل علي كثيره وما
لا يقبل الا الكثيرة كالمغارسة فان العمل فيها لا يتم الا بعد سنين

فلا تكون الكثرة مانعة والظاهر انه لا فرق بين القليل والكثير في الجواز واما مسئلة بيع السلع الكثيرة وشرائها فهو من عوارض المسئلة التي حكاها المولف اثر هذا عن المدونة وهو قوله وفيها ما جاز فيه الجعل جازت فيه الاجارة ولا ينعكس اي وليس كلما جازت فيه الاجارة تجوز فيه الجعل هكذا صرح به في المدونة طردا وعكسا ذكره في باب الجعل على بيع السلع وشرائها وقال فيه انه تجوز الاجارة في بيع القليل والكثير وشرائه اذا ضرب لذلك اجلا واما الجعل على الشرا فيجوز في القليل والكثير وعلى البيع فيجوز في القليل دون الكثير وتاول المسئلة في الجعل غير واحد من المتقدمين والمتاخرين على ان عرف الجعل عندهم في البيع انه لا يجب له فيه شي حتى يبيع الجميع فقد يبيع البعض ولا يبيع الباقي فيذهب العمل باطلا مع انتفاع الجاعل وعرف الجعل عندهم في الشرا انه مهما اشترى شيئا اخذ بحسابه ولو كان لا ياخذ شيئا الا بعد شرا الجميع لما جاز ولو كان في البيع ياخذ من كل مبيع بحسابه لجاز فاختلاف الحكم لم يكن لاختلاف المعنى وانما كان لاختلاف العرض ولو اتحد العرض لاتحد الحكم **وقوله** وهي جايزة من الجانبين فان شرع لزم الجاعل وقيل لازمة منهما بالقول وقيل في الجاعل • لفظة هي راجعة الى الجعالة وهذه الاقوال حكاها غير واحد ومعنى الكلام ان الجعالة اختلف المذهب في لزوم عقدها وانحلاله على ثلاثة اقوال انه عقد منحل من جانبي الجاعل والمجعول له فاذا شرع المجعول له في العمل لزم من جانبه وحده وقيل انها لازمة من الجانبين وعليها يعود الضمير من قوله منهما وقيل انها لازمة من جانب الجاعل خاصة بالقول ولا تلزم من جانب المجعول له لا بالقول ولا بالفعل والقول الاول منها هو المشهور وهو يشبه المشهور في القراض **وقوله**

احدها

بلغ مقابلة باصله

نقد

وينقد كالخيار يعني وينقد الجعل في عقد الجعالة كنقد الثمن في بيع الخيار فلا يجوز اشتراطه فيهما ويجوز التطوع بنقده فيهما ولا اشكال ان هذا الكلام مبني على القول الاول والثالث من الاقوال الثلاثة في المسئلة المتقدمة ووجه ذلك ظاهر وقد تقدم في بيع الخيار **وقوله** ويسقط بالترك الا ان يستاجر الجاعل على الاتمام فيكون له ما بقي وقيل ما لم يزد على نسبة عمله • يعني ان الجعل يسقط جميعه بترك المجعول له تمام العمل ولا يجب له منه بقدر ما عمل لان الجاعل لم يحصل له مما عمل المجعول له فايدة وقد قيل ذلك في الاجارة اذا ذهب الصانع لم يكن له شي وان كان المشهور انه يجري عليه ففي الجعالة احرى انه لا يكون له شي فان **قلت** هذا الكلام مستفاد من قوله فوق هذا وهي جايزة من الجانبين **قلت** جوازها اعم من ان يكون للمجعول له شي من الجعل او لا يكون له شي فبين المولف ما هو الحكم في الاحتمالين ومعنى ما استثناه المولف بقوله الا ان يستاجر الجاعل الي اخره اي فان استاجر الجاعل على اتمام ذلك العمل فاختلف المذهب في الواجب للاول على قولين احدهما ان يكون له على نسبة ما عمله الثاني فاذا فرضنا ان الاول جوعل على حمل خشبة من مكان الى مكان بخمسة دراهم فحملها نصف المسافة وترك العمل فاكرى الجاعل على حملها بقية المسافة بعشرة فقال في المستخرجة ما ظاهره انه يكون للاول عشرة لانه اذا كان للثاني عشرة على حملها نصف الطريق علم قطعا ان للاول مثلها وهذا والله اعلم هو مراد المولف بقوله فيكون له ما بقي اي على نسبته ويحتمل ان يريد انه يكون للاول ما بقي من جعله بعد اسقاط الاجرة الثانية منه ان كانت اقل وان كانت مساوية للجعل

او اكثر لم يكن للاول شي فلا يكون للاول في المثال الذي
حكيناه عن المستخرجة شي وهذا التاويل وان كان اقرب الي
كلام المولف من التاويل الاول لكن التاويل الاول منصوص عليه
في المذهب كما حكيناه عن المستخرجة فيترجح بذلك لان حمل كلامه
علي ما يساعده النقل اولي من حمله علي ما لا يساعده واعترض بعض
الشيوخ هذا الذي وقع في المستخرجة بانه يلزم عليه ان يكون
للمجعول له اضعاف ما دخل عليه ورضي به وذلك انا فرضنا
انه رضي في حمل الخشبة جميع المسافة بخمسة فالذي ينوب في
حمل نصف المسافة درهمان ونصف فكيف يكون له عوضا عن ذلك
عشرة ويمكن ان يجاب عنه بان عقد الجعالة لما كان منحلا
من جانب المجعول له بعد العمل فاذا ترك حمل الخشبة بعد حمل
نصف المسافة صار تركه لها ابطالا للعقد من اصله فاذا اكترى
ربها علي حملها بقية المسافة كان بذلك منتفعا بالحمل الذي
فعله المجعول له الاول فتلزمه قيمته وهذا الكلام قد يحسن
اذا كانت الاجارة علي تمام العمل بمقدار القيمة فاقل ولا يحسن
اذا كانت اكثر فتدبره ولاجل الاشكال الذي اورده
الشيخ المعترض نزع في القول الثاني الي انه لا يكون للاول
ما بقي علي الوجه الذي قدمناه الا بشرط الا يزيد علي نسبة
عمله يعني فلا يكون له في المثال الذي قدمناه الا درهمان
ونصف ومن الشيوخ من نقل عن المذهب ان الواجب للاول
اذا عمل الثاني قيمة عمله ثم اختلف المذهب هل تكون تلك
القيمة يوم عمل الاول وهو مذهب ابن القسم او يوم عمل الثاني
وهو مذهب ابن كنانة ولا خفا ان حكم الجعالة مشارك
لحكم الاجارة وانه لا خصوصية للاجارة في قول المولف
الا ان يستاجر الجاعل وكذلك الضمير المجرور باللام من قوله

قال وكانا كالي ملا بعضي
لانه كانه حجر

له ملخص

له ما بقي والضمير بالاضافة من قوله عمله يرجعان الي المجعول له الاول
وقوله ولو مات العبد سقط • فاعل سقط يعود علي الجاعل
اي لو مات العبد الابق الذي جوعل علي رده الي ربه وهذا
الفرع مما يتبادر الي الذهن افتراق الجعل فيه من الاجارة فان
هذا العبد وكذلك الخشبة المجاعل علي حملها وما اشبه ذلك
هو ما تستوفي به المنافع فحكموا لها هنا بالتعيين وفسخوا الجعل
بموت العبد قبل وصوله الي ربه واحتراق الخشبة قبل بلوغها
الي الغاية وفي الاجارة علي ما تقدم في محله ان ما تستوفي به
المنفعة لا يتعين لكن لو فرضنا ان العقد في العبد كان علي سبيل
الاجارة فاستاجر ربه مثلا من يطلبه له شهرا بدينار فمات
العبد في نصف الشهر فالجاري علي المذهب ان الاجارة لا
تنفسخ لتعذر الخلف غالبا ويلحق هذا الفرع بالمسايل التي استثنوها
لمشاركته لها في المعنى وقوله فان تنازعا في قدر الجعل
تحالفا ووجب جعل المثل • يعني ان يكون الحكم هكذا اذا
اختلفا بعد تمام العمل واتيا بما لا يشبه والا فالجاري علي ما تقدم
في الاجارة اذا كان العبد باقيا بيد المجعول له وادعى ما يشبه
فالقول قوله كالصانع وشبهه من الاجرا فان ادعى ما لا يشبه
وادعى الجاعل ما يشبه فالقول قوله فان ادعيا ما لا يشبه
حكم بما قاله المولف فلو خالف ربه في ان هذا هو الذي
اتى به وانما اتى وحده او اتى به اخر فالقول قول ربه
وقوله وفي الفاسدة ثالثها التفصيل كالقراض ولم
يبين • يريد ان الجعالة الفاسدة اذا وقعت وشرع في العمل
اتمه او لم يتمه ففيها ثلاثة اقوال احدها انه يكون فيها
اجارة المثل فيعطى قيمة العمل او ما عمل منه وان لم يتمه والثاني
جعل المثل فلا يكون له شي الا اذا اتم العمل والقول الثالث التفصيل

كالقراض فيكون له في بعض المسايل اجارة المثل علي الوجه الذي قلناه
الآن سوا اتم العمل او لم يتمه ويكون له جعل المثل في بعض المسايل
بشرط تمام العمل كما انهم فصلوا في القراض الفاسد علي المشهور فقالوا
في بعض المسايل اجاره المثل وفي بعضها قراض المثل الا انهم بينوا تلك
المسايل في القراض ولم يبينوها في الجعاله الفاسدة وهذا هو
مراد المولف بقوله ولم يبين قال القاضي بن رشد وهو ناقل
هذه الاقوال وقد ياتي في الجعل الفاسد اقوال خارجة مما اصلناه
وهذا هو الصحيح منها قلت الاقرب منها اجارة المثل لان العامل
قد عمل علي عوض باذن الجاعل ولم يتمكن من تمام العمل ان فسخ
عليه قبل تمامه فهو معذور بالترك وقوله ومشارطة الطبيب
علي البرء والمعلم علي القران والحافر علي استخراج الما بتعريف
شدة الارض وبعد حط الما وكرا السفينة مترددة بين الجعل والاجارة
هذه فروع ذكرها المولف تابعا فيها لابن شاس وزاد بن شاس
فيها المغارسة وظاهر المذهب انها كلها من الاجارة علي البلاغ
الا مسلة الحافر فانها من الجعاله فان قلت وقد اشتركت
الاجارة علي البلاغ مع الجعل في ان العوض لا يستحق الا بعد تمام
العمل فما الفايدة في التردد قلت لا يلزم من اشتراكهما
في هذا الحكم ان لا تكون هناك احكام لا يشتركان فيها
فان الاجارة منعقدة والجعل قد تقدم ما فيه من الخلاف الي
غير ذلك وتحت كل مسلة من هذه المسايل كلام يطول ولا
سيما المغارسة وتركنا ذلك الكلام لان في جلبه خروجا
عن كلام المولف

كتاب إحيا الموات وهو ا

قال الجوهري الموات الارض التي لا مالك لها من الادميين ولا
ينتفع بها احد في صحيح البخاري عن عايشة رضي الله عنها عن النبي
صلي الله عليه وسلم انه قال من اعمر ارضا ميتة ليست لاحد

فهو احق بها وخرج النسايي عن سعيد بن زيد عن النبي صلي الله
عليه وسلم قال من احيا ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق
وخرج ابو داود عن عروة بن الزبير قال اشهد ان رسول الله
صلي الله عليه وسلم حكم ان الارض ارض الله والعباد عباد
الله ومن احيا مواتا فهو احق بها جانا بهذا عن النبي صلي الله عليه
وسلم الذين جاوا بالصلوات عنه وقوله والموات الارض
المنفكة عن الاختصاص هذا التعريف احسن ما قيل في ذلك
وهو ينظر الي الا انه قال عن الاختصاصات بجمع اشعارا بتعدد
وجوه الاختصاص فان قلت جرت عادة من ينتمي الي الحذق
من المولفين ان ما جري ذكره من الالفاظ في الترجمة اولا هو الذي
يبدا بالكلام عليه فيما احتوت عليه الترجمة وكذلك الثاني
والثالث علي الترجمة والمولف يستعمل مثل هذا في اخر التعريفات
فهلا تكلم علي الاحيا قبل ان يتكلم علي الاحيا قلت حقيقة الموات
واحدة علي ما اشار اليه في تعريفه والاحيا يكون بامور كل واحد
منها ضد للموات فيحتاج من اجل ذلك الي انه لا يعرف جميع
هذه الاضداد الا بعد تعريف ما هو مضاف لها وهو الموات
ويحتمل ان يقال ان الموات متقدم في الوجود علي الاحيا والاحيا
طار عليه فقدم الكلام علي ما هو متقدم في الوجود واما اضيف
الاحيا الي الموات لان الكلام ليس في الاحيا من حيث هو
احيا وانما الكلام عليه من حيث هو مضاف الي شي خاص وهو
الموات والله اعلم والامر في هذا قريب وقوله الاول العمارة
ولو اندرست فان كانت عمارة احيا فقولان يعني ان الوجه
الاول من وجوه الاختصاص يكون بعمارة الارض ثم ان تلك العمارة
اعم من ان تكون بعمارة احيا او غيرها فان كانت بعمارة غير
الاحيا فهي اختصاص ولا يضر اندراس تلك العمارة وان كانت

علي الموات كما فعل في الترجمة لكنه قدم الكلام علي الموات قبل الكلام

ما

عمارة احيا فان درست تلك العمارة فهل يبطل الاختصاص بانه راسها
قولان وهذا الكلام يقبله الذهن اولا واذا تؤمل ففيه شي وهو ان
العمارة التي نشات عن الاحيا انما وجد بعد تقدم ملكه والملك وحده
كاف في مضادة الموات ولا يحتاج في الاختصاص به الي عمارة اندرست
او لم تندرس فذكر هذه العمارة لا معنى له والقايل ان اندراس
الارض في المسلة الثانيه يخرجها عن ملك محييها ويجوز لغيره ان
يحييها هو بن القسم والقايل بضدها هو سحنون قال هي للاول
وان عمرها غيره وحكى بن رشد قولا ثالثا وهو الفرق بين القريب
والبعيد قال بن عبدوس قلت لسحنون اولا يشبه الصيد
اذا ند من صاحبه قال لا قال الباجي الفرق بين الارض والصيد
ان الصيد لو ابتاعه ثم ند واستوحش كان لمن صاده ولا خلاف
ان من اشتري ارضا فتبورت فاحياها غيره انها لمن اشتراها
لمن اشتراها وقال ابو القسم بن الكاتب ان الصيد لمن اشتراه
لا لمن صاده بعد الشرا والاقرب ان الارض لا تخرج عن ملك
محييها كما قاله سحنون لانه ثبت ملكه لها بالاحيا فلا تزول
عن ملكه الا بوجه من الوجوه التي ينتقل بها الملك وهو مفقود
وقوله الثاني حريم عمارة • يعني ان من وجوه الاختصاص
ما يحتاج اليه عامر الارض من النواحي الخارجه عن العماره ⊙
وقوله وحريم البلد ما يرتفق به لرعي مواشيهم ومحتطبهم
مما يلحقه غدوًا او رواحًا • من ملك ارضا ولا سيما باحيا فله الانتفاع
بما هو اقرب منها على ما جرت به العادة ولا يقتصر بالانتفاع على
ما حرثه او غرسه بل له مع ذلك حيث ترعي مواشيه وما يحتطب
منه قال الشيخ سحنون وما كان من العمارة على يوم او ما لا تدركه
المواشي في غدوها ورواحها فاراه من البعيد واما ما تدركه
المواشي في غدوها ورواحها وابعد من ذلك قليلا مما فيه المرفق

لاهل

لاهل العمارة فهو قريب ونحوه لابن القسم وقال ابو يوسف الحد في ذلك
ان يصيح الصايح من طرف العمران فلا يسمع من بالموضع الاخر فهو له
وقوله وحريم الدار المحفوفة بالموات ما يرتفق به من طرح تراب
او مصب ميزاب والمحفوفة بالاملاك لا تختص • ليس هذا النوع من
الحريم مثل الاول في الحكم كما ليس هو مثله في القدر فان حريم
البلد الذي تقدم الكلام عليه مانع من الاحيا وحده وهذا اعني
حريم الدار يمتنع من الاحيا ومن غيره مما يمنع صاحب الدار من
مطرح الجدار من مطرح ترابه ومصب ميزابه واما الدار المحفوفة
بالاملاك فنفي المولف عنها الاختصاص اي عن الاملاك المحفوفة
بها لا انه نفى عنها الحريم مطلقا او نفى عنها الاختصاص عما بعد
عنها من الدور وان كان قد اجاز في المدونه لمن له ساقيه
تمر في حايط قوم ان يطرح كناستها على اشجارهم اذا لم يجد من
ذلك بدا اذا كانت سنة البلاد طرح طين الساقيه على حافتيها
وفي المدونة ما ظاهره المعارضة لهذه المسلة وقوله ولكلٍّ
الانتفاع بملكه وحريمه بما لا يضر جاره • لا شك ان التنوين
في كلٍّ تنوين عوض من الاضافه اي ولكل واحد من المتجاورين
ان ينتفع بملكه من دار وغيرها وبحريم ملكه الانتفاع الذي
لا يستلزم ضرر جاره هذا هو مراد المولف الا انه قد يقال
اما الانتفاع بملكه فظاهر واما الانتفاع بحريمه فاي حريم لملكه
وقد قال الآن والمحفوفة بالاملاك لا تختص ويجاب عنه بما قدمناه
انه لم ينف عنها الحريم وانما نفى عنها الاختصاص بالحريم فقد يكون
لكل واحد من تلك الدور حريم ولا يختص منها واحد بحريمها عن
باقي الدور عند الضرورة ولكنه اذا لم يختص لها اختصاص
به فلا معنى لتسمية ذلك حريما والله اعلم وقوله قال بن القسم
فاما حمام وفرن وكير للحديد ورحى تضر الجدار بالجدار

فلهم منعه قاله مالك الحمام والفرن وكير الحديد جميعها يضر بالجار
لاجل الدخان واما الرحا ففرضها المولف وهو ظاهر الروايه انما
منعت لضررها بجدار الحايط ولو تضرر الجار بالصوت وحده
ولم يهتز الجدار لم يمنع منها وهو قول كثير من الشيوخ ان
ضرر الصوت لا يمنع منه وذهب بعضهم الي المنع منه واشار
اخرون الي انه يمنع منه وقت النوم دون ما عداه والاصل
في المنع الحديث لا ضرر ولا إضرار ولا شك في اشتمال
الحديث علي النهي عن الاضرار بالغير فاين يحصل لمحدث الضرر
فان كان المنع من الاضرار بالجار يفيت منفعة الجار الذي
احدث ما يضر بجاره نظر الي اخف الضررين فارتكب فان
تساويا او تقاربا رجع الي مقتضي الاصل وهو جواز تصرف المالك
في ملكه علي اي وجه شا وهذا الذي قلناه هو الذي يجري
عليه اكثر مسايل المذهب في المشهور وما يوجد من بعضها
مخالفا لهذا فليس بمخالف في المعني وانما هو لاعتقاد قايله
ان ما جاز احداثه من ذلك فهو اخف الضررين وما منع
منه فهو اشد الضررين ولو انعكس اعتقاده لانعكس الحكم
عنده والله اعلم **وقوله** قال اشهب من اضطر الي حفر
بير في داره حفر وان اضر بجاره وهو اولي بمنع جاره من
ان يضر به من منعه قاله مالك• مراد اشهب والله اعلم
بقوله وان اضر بجاره اي اضر به حفر بير جاره في تقليل
ما بيره واعدامه ولو كان يضر به في غير ذلك من جداره احداث
البير التي يضر احداثها بالجار اضطر في احداثها اليها او لم
يضطر والخلاف بين ابن القسم واشهب عام في الارض التي ملكت
باحيا او غيره والاظهر مذهب اشهب والله اعلم لان ضررها
بعدم الما واحد ويتوجه من اراد الاحداث بانه تصرف في ملكه

وشبهه منع منه بلا خلاف وبدا المولف بقول ابن القسم في المدونة الحدحم

قوله

وقوله ولا تمنع الابرجه والاجباح الا ان تعلم المضرة
بالسابق• يريد اذا اراد الجار احداث برج للحمام بقرب
من برج لجاره فيه حمام فالاصل جوازه وكذلك الاجباح
والمضرة التي استثناها المولف ان كان هي ان ما بالاول
من حمام او نحل يدخل في برج الثاني وينتقل اليه وكذلك
النحل فظاهر وان كان يومن من ذلك الا ان الحمام غير المربوبه
والنحل التي هي كذلك يقل دخولها في الاول فهذا اختلف
المذهب في رعي ضرره علي قولين والاقرب عدم مراعاته
والله اعلم واختلف المذهب ايضا هل يراعي ضرر النحل والحمام
في المزارع ونحوها علي قولين **وقوله** فان دخل حمام او نحل
لا يمكنه رده فهو لصيد نه• ظاهر كلامه انه اذا امكنه
رده رده الي صاحبه وقال بعضهم انه لا يختلف في ذلك
واستشكله غيره بان ايوا الحمام الي برج الاول لا يوجب
ملكه اذا لم تزل علي حال التوحش والمتوحش اذا ند قبل
وضع اليد عليه وبعد ان اوي الي منزل رجل لا يرد الي
الاول واما ان لم يمكن رده الي الاول فلم يحك المولف فيه
خلافا انه للثاني واحتج علي ذلك بان عجز من هو بيده عن رده
يوجب الحاقه بالمتوحش اذا ند من صاحبه وعجز عن اخذه
ثم اخذه اخر فهو للثاني علي المشهور وقيل ان افراخه للاول
ولا يزول ملكه عنه بالعجز عن رده• وهو الذي يسكن النفس
اليه فان قلت لم عدل المولف عن ان يقول فهو للثاني
الي قوله فهو كصيد ند مع ان الذي عدل اليه اطول
ما عدل عنه **قلت** لما في الكلام الذي عدل اليه من زياده
الفوايد لان الصيد اذا ند وعجز ربه عنه فاخذه اخر اختلف
لمن يكون منهما فشبه المولف احدي المسلتين بالاخري يجري

تدفع

في مسلة الحمام من الخلاف ما في مسلة الصيد اذا ند ولو قال هو
للثاني لسقطت هذه الفايدة والله اعلم وجمع المولف مسلة الحمام
مع مسلة النحل في الحكم وهو ظاهر المدونة وله وجه في الفقه
وفي مسايل النحل ما يشعر بخلاف ذلك ما قاله **وقوله**
وحريم البير ما لا يضر بمايها ولا يضيق على دواب واردتها •
خرج الدارقطني وغيره من حديث الزهري عن سعيد بن المسيب
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال حريم البير المحدثة خمس وعشرون
ذراعا وحريم البير العادية خمسون ذراعا وحريم الزرع ثلاث
مايه ذراع وحريم العين للسيح ستمايه ذراع ومعنى ذلك عند
العلما من حد منهم الحريم بالاذرع ومن لم يحد منهم بالاذرع
بل بمقتضى العادة مما لا يضر انه من جميع الجهات فان اراد الاخر
انه يحدث بيرا جعل له مثل ذلك بحيث لا يدخل حريم احدى
البيرين على الاخر وقد اختلف المذهب في تحديد ذلك فقال
مالك وابن القسم ان المراعي في ذلك الضرر من غير قياس على
نحو ما قاله المولف وراي ان من الابار ما يكون في ارض صلبه
ومنها ما يكون في ارض رخوه هذا في ابار الماشيه فكذلك
ابار الزرع منها بير كثيرة الما واخرى قليله الما فيجعل لكل
واحد من الارض ما يكفيها وقال ابو مصعب حريم البير العاديه
خمس وعشرون ذراعا والتي ابتدا صاحبها عملها خمسون
ذراعا وبير الزرع خمسماية وقال ابن نافع حريم البير العاديه
خمسون ذراعا والتي ابتدا عملها خمسه وعشرون ذراعا وقال
ابن المسيب في بير الزرع ثلاث مايه ذراع من نواحيها كلها
وقال ابن شهاب سمعت الناس يقولون حريم البير خمس
مايه ذراع قال وكان يقال للابار الف ذراع والبير العاديه
هي القديمه والاظهر ان صح الحديث الوقوف معه وان لم يصح

ذراع

قال

قاله ملك هو الفقه وسال ابن غانم ملكا عن حريم النخله قال
قدر ما يري ان فيه مصلحتها قال وسال عن ذلك اهل العلم به
وقد قال من اثنى عشر ذراعا من نواحيها كلها الى عشرة اذرع قال
وذلك حسن وسيل عن الكرم ايضا وعن كل شجرة اهل العلم بها
يكون لكل شجرة بقدر مصلحتها وذكر الطحاوي عن ابي سعيد
الخدري قال اختصم رجلان الى النبي صلى الله عليه وسلم في نخلة فقطع
منها جريدة ثم ذرع بها النخل فاذا فيها خمسة اذرع فجعلها حريما
وقال ابو داود خمسة اذرع او سبع **وقوله** الثالث التحجير
وفيه قولان قال ابن القسم لا يعرف ملك التحجير احيا ولا تركه
ثلاث سنين وقال اشهب روي عن عمر رضي الله عنه انه ينتظر
ثلاث سنين وانا اراه حسنا وقال ايضا لا ينبغي ما لم يشرع
بعد ايام يسيره ما لم يمنع عذر • ظاهر كلام المولف ان ابن القسم
سال مالكا هل التحجير احيا وتركه ثلاث سنين بزيل اختصاصه
به فاجابه ملك بانه لا يعرفه وهكذا حكى المسلة بعضهم واختصر
غير واحد المسلة على ان ابن القسم لم يسمع من ملك في ذلك
شيا والاول قال الشافعي وقال ابو حنيفه من اقطعه الامام
مواتا فاحياه فيما بينه وبين ثلاث سنين ثم قال وان لم
يعمره حتى مضت ثلاث سنين بطل اقطاع الامام اياه وعاد
الى ما كان عليه قبل الاقطاع وروي ان النبي صلى الله عليه
وسلم اقطع ناسا ارضا فعطلوها فجا قوم فعمروها فخاصمهم
اصحاب الارض الى عمر فقال عمر لو كانت قطيعه من ابي بكر
لم اردها اليكم ولكنها قطيعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلا استطيع الان اردها اليكم فردوها اليهم قال عمر من
اقتطع ارضا فعطلها صاحبها ثلاث سنين ثم احياها غيره
فهو احق بها **وقوله** اما ما لا يقوى على عمله فلا يفيد اتفاقا •

صح

ما المولف

يعني ان الاقوال المتقدمه فيما ترك اعتماره مع قدرته عليها واما
ما يعلم انه لا يقوى على اعتماره فلا فايده في تحجيره • وقد فعل ابو بكر
الصديق مع بلال بن الحارث في معادن القبليه مثل ذلك **وقوله**
الرابع الانقطاع من الامام وهو تمليك ولا يطالب بالاحيا • ظاهر
هذا انه ليس للامام ولا غيره مطالبته بالاحيا والذي نص عليه
مطرف وابن الماجشون ان من اقطعه الامام ارضا على عمارتها
فله ان يبيع ويهب ويتصدق ما لم ينظر في عجزه فيقطعها لغيره
قال اللخمي وظاهر المذهب محكي مثل ما قاله المولف ولذلك
حكى يحيى عن ابن القسم في العتبيه وقال ابن زرقون راى غير
واحد من الشيوخ ان قول مطرف وابن الماجشون تفسير له
واذا تومل فلا منافاه بينه وبين قول مطرف وابن الماجشون
وقد تقدم فوق هذا مذهب ابي حنيفه وما حكي عن عمر رضي
الله عنه **وقوله** ولا يقطع غير الموات تمليكا ولكن امتاعا •
هذا جار على المشهور ان كانت ارض عنوة وان كانت غيرها
فلا مانع من اقطاعها تمليكا ولا امتاعا وقد نص سحنون
على انه لا فرق بين ارض العنوة والصلح او ما اسلم اهله عليه
فيما يفرق فيه بين القرب والبعد على ما ياتي في كمال الانسان
احياوه باذن الامام او بغير اذنه وصححه اللخمي **وقوله**
الخامس الحمى وللامام ان يحمي اذا احتيج اليه وقال ما فضل
عن منافع اهلها وحمى رسول الله صلى الله عليه وسلم البقيع
لخيل المهاجرين وحمى ابو بكر وعمر الربذة لما يحمل عليه في الجهاد •
وروى ابو داود عن الصعب بن جثامه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم حمى البقيع وقال لا حمى الا لله ولرسوله وقال
علي بن عبد العزيز في المنتخب حمى البقيع لخيل المسلمين نزعم فيه
هكذا وجدته في نسخة من الاحكام منسوبه الى الصحة النقيع بالنون

والقاف

والقاف وذكره البكري في البا والقاف وتاوله الجمهور على معنى
انه لا ينبغي ان يحمي الا كما حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم لخيل المهاجرين
وشبه ذلك مثل ما فعله الخلفا بعده حمو الابل الغزاه قال البكري
البقيع صدر وادي العقيق وهو منتدى للناس ومتصيد وروي
ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الصبح بالمسجد باعلى عسيب وهو
جبل باعلى قاع البقيع ثم امر رجلا صيتا فصاح باعلى صوته فكان
مدى صوته بريدا او اربعة فراسخ فجعل ذلك حمى طوله بريد وعرضه
ميل وفي بعضه اقل من ميل والربذه قال البكري هي التي جعلها
عمر رضي الله عنه حمى لابل الصدقه وكان حماه الذي احماه بريدا
في بريد قال ثم تزيدت الولاه في الحما اضعافا ثم ابيحت
الاحمى الى ايام المهدي فلم يحمها احد بعد ذلك وحمى عمر رضي الله
عنه ضريه وزاد فيه عثمان وروي ايضا ان عمر حمى الشرف وحيث
اجزنا الحمى فانما يجوز بشرطين احدهما ان يدعوا الحاجه الى
ذلك كما حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفا بعده

[ح لهانى]

والشرط الثاني ان لا يضيق على الناس بل ياخذ ما فضل عنهم
وقد صح ان عمر رضي الله عنه قال لمنى حين ولاه على الحما ادخل
رب الصريمه والغنيمه واياي ونعم بن عفان وبن عوف وقال
له فيما اوصاه به واتق دعوة المظلوم فانها مجابه قال والذي
نفسي بيده لولا ما احمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من
ارضهم شبرا والله ليزعمون اني قد ظلمتهم وظاهر كلام المولف
ان الشرط الثاني يختلف فيه ولا ينبغي ان يحمل على ذلك **وقوله**
السادس القرب ويفتقر فيه الى اذن الامام فلو لم يستاذن
لكان للامام امضاوه او جعله متعديا وقال اشهب لا يفتقر •
الضمير المجرور بفي راجع الى القرب المفهوم من القرب المذكور
قبله وهو مع ذلك على اراده حذف اي ويفتقر في احيا القرب

من العمران الي اذن الامام وقال اشهب لا يفتقر في ذلك الي اذنه
لكن يستحب له ذلك عند هذا تمام قول اشهب والقول بانه لا
يفتقر في ذلك الي اذن الامام عليه جماعة من اهل المذهب وغيرهم
عملا لعموم الحديث المتقدم فاذا فرعنا علي القول الاول وهو المشهور
فاحياه احد من غير استيذان تعقب الامام ما فعله هذا فان
رآى امضاؤه له امضاه وان لم ير ذلك اخذه منه واعطاه قيمة
ما صنعه منقوضا ان رده لبيت المال وان شا كلفه بهدمه
وان شا اقطعه غيره فكان لذلك الذي اقطعه اياه الامام ان
يامر من احيا بما كان يامر الامام وهذا هو الذي اجمله المولف
في قوله اوجعله متعديا وراي الشيخ اللخمي انه لو قيل بانه يعطيه
قيمته قايما لاجل الشبهة لما بعد لانه يرى ان كثيرا من الفقها
يرون انه لا يفتقر في ذلك الي اذن الامام قلت وهذا انما
يتم اذا راى الامام اقطاعه لغيره من احيا واما اذا اراد الامام
ابقاه علي الحالة التي كان عليها قبل ذلك فقد يودي الحكم بقيمته
قايما الي المشاركة في ذلك البنا مع الارض عند التاني من دفع
القيم وهو خلاف ما راه الامام من ابقا تلك الارض متسعا للناس
لكنه لا يبعد من حيث الجملة وقد وافق اصبغ بن القسم علي تفريقه
بين القرب والبعد وقال مع ذلك ان احيا القريب لغير اذن
الامام مضى وحكى سحنون عن بن القسم ان ما قرب من العمران
لا يدخل في الحديث وانكر هذا القول سحنون وقال المعروف
انه لا يجوز ما حيا فيه الا للامام قال وقد قال ملك معنى الحديث
في بنيا في الارض وما بعد من العمران قال الباجي والذي انكره
سحنون حمل قول بن القسم انه لا يجوز الاحيا فيما قرب وان اذن
الامام علي وجه الاقطاع قلت ولا يبعد تاويل كلام بن القسم
ورده الي المعروف ويكون مراده في القريب انه لا يدخل في

الحديث

الحديث بحيث انه يحيى بغير اذن الامام كالبعيد لا انه لا يدخل في الحديث
علي كل وجه قال سحنون وحدّ القريب ما لحقه الماشية في غدوها
ورواحها وهو مسرح لهم ومحتطب فلا يدخل ذلك في هذا الحديث
واما ما كان علي اليوم وما قاربه او مما لا تدركه المواشي في غدوها
ورواحها فمن البعيد والفيافي قال سحنون في المجموعة من احيا
ارضا في الفيافي فليس لاحد ان يحيي بالقرب منه الا باذن لانه
صار بالاحيا عمرانا فلا يعمر بقربه الا باذن الامام هذا حكم القريب
واما البعيد فمفهوم كلام المولف وهو المنصوص عليه في غير موضع
انه لا يحتاج فيه الي اذن الامام قال مطرف وبن الماجشون وان
كنا لا نامر احدا ان يحيي مواتا الا باذن الامام وفي المدونة في
غنى اقتطع مواتا بعيدا فاحياه بغير امر الامام نظر فيه الامام
وقوله واما الاحيا فما بعد في العرف عمارة مثلها كبنا
وغرس وحرث وحفر بير واجرا نهر • لا شك فيما ذكرا المولف
انه من الاحيا وهي كما نص عليه مثل لما بعد في العرف احيا
وان كان لبعض الشيوخ تعرض لعدة الصور التي يكون بها الاحيا
ليستظهر بذلك علي صور مختلف فيها فقد اختلف بن القسم واشهب
فيمن نزل ارضا فرعى ما حولها فقال ليس باحيا وقال اشهب
هو احيا لانهم رعوا وينتظرون ان يزرعوا قال في المجموعة
الا ترى المعدن اذا اجازه ثم عمل فيه كان له ما اقام عليه فكذلك
هذا ولم يعجب سحنون قول اشهب قال بن القسم واشهب وليس حفر
بير الماشية احيا فينبغي ان يقيد كلام المولف في حفر البير بهذا وقد تقدم
الكلام في التحجير **وقوله** وفي احيا الذمي في غير جزيرة العرب
ما لها تملك ان كان بعيدا • يعني ان اهل الذمة اذا احيوا مواتا فاما
ان يكون في جزيرة العرب او في غيرها فان كان في جزيرة العرب
لم يترك لهم وينزع من ايديهم لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبقين دينان

بجزيرة العرب وان كان في غير جزيرة العرب فهل حكمهم في ذلك
حكم المسلمين في القريب والبعيد اوهم يخالفون في ذلك لحكم المسلمين
في القريب والبعيد فلا يؤذن لهم في الاحيا ولا يترك لهم ان احيوه
او يفرق لهم فيما احيوه بين القريب والبعيد فالبعيد حكمهم فيه
حكم المسلمين والقريب ليس لهم ان يحيوه والقول الاول لا يوجد
منصوصًا للمتقدمين الا ان الباجي ركن الي ذلك والقول الثاني
لابن القصار والقول الثالث هو المنصوص عليه للمتقدمين قال
في الروايه لان ما قرب بمنزلة الفي واستشكله الباجي قال ويلزم
عليه الا يحيي من العبد والمراة لانهما ليسا من اهل الفي قال ولو
قيل ان حكمهم في ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما كان لهم ذلك
فيما بعد وهذا هو الوكون الذي ذكرناه فان قلت فاي فرق
علي هذا التقدير بين القول الاول والثالث لانكم ذكرتم في القول
الاول ان حكمهم حكم المسلمين وحكم المسلمين علي المشهور الفرق
بين القريب والبعيد وهذا هو عين القول الثالث **قلت**
ليس هو عينه لانهم لا حق لهم في القريب علي القول الثالث بوجه
ولا يبقي بايديهم ان احيوه وفي القول الاول ان راي الامام ان
يعطيهم اياه ابتدا فعل وكذلك ان راي اقراره بايديهم اذا احيوه
بغير اذن والله اعلم فان اعمر الذمي المكان الذي ليس له اعماره
اخرجه الامام منه واعطاه قيمة عمارته منقوضا قال في كتاب
ابن حبيب وجزيرة العرب مكه والمدينه والحجاز كله والنجود
واليمن اليمن وفي تحديد جزيرة العرب خلاف كثير فلينظر في
محله في كتاب البكري فقد اشبع القول في ذلك **وقوله**
ولا تحاز الشوارع بالبنيان • اما حيازة جميع الشارع بالبنا فلا كلام
لان الطريق احباس فلا يتصرف فيها الا علي الوجه الذي حبست
له واما اقتطاع بعضها بالبنا فان كان مما يضر بالمارة فكذلك وان
كان

[margin: احيوه]

كان مما لا يضر بهم منع منه ابتدا حتي قال بعضهم انه لا يطين الجدار
من خارجه فان وقع ذلك واقتطع من الطريق ما لا يضر بالمارة فقولان
قال بعضهم المشهور هدمه والشاذ تركه لربه ومقتضي كونها حبسا
ان يهدم ما اقتطع منها اضر بالناس او لم يضر **وقوله** ولا يمنع البياع
منها فيما خف ولا غيرهم • روي ان عمر رضي الله عنه قضي بذلك
للباعه وهو محمول عندهم علي ما اشار اليه المولف بقوله فيما
خف اي مما لا يضر بالمارة ولا تحاز ببنا وشبهه **وقوله** ومن
سبق فهو احق به من غيره كالمسجد • يريد ان من سبق الي مكان
من المواضع المباحة للجلوس فيها من طرق وغيرها فهو اولي
به كما يكون اولي بذلك في المسجد وهل يسقط حق الجالس هنالك
بقيامه منه ان كان خرج علي نيه ان لا يعود اليه فاشار بعض
الشيوخ الي ان في ذلك قولين ولم ار ذلك له ولا لغيره في المسجد
الا ما وقع لهم فيمن ارتسم بالجلوس في موضع من المسجد ليعلم علما
وشبهه انه احق بذلك الموضع من غيره وقيل ان ذلك علي سبيل
الاستحسان ولان من هو بهذه الصفة يحتاج الي معرفة موضعه
ليسهل الوصول اليه فمن الاعانة له علي ما هو بسبيله ان يترك
له مكانه من المسجد وقد قالوا ان ما يلي الامام من الصف الاول
ينبغي ان لا يكون فيه الا من يصلح للاستنابة وفي الحديث ليليني
منكم اولوا الاحلام والنهي وان تقدم الي الصف الاول من لا يسعه
انتزعوا عليه لقوله صلي الله عليه وسلم لو يعلم الناس ما في النداء والصف
الاول ثم لم يجدوا الا ان يستهموا الاستهموا عليه **وقوله** ولا ينبغي ان يتخذ
المسجد مسكنا الا لمجرد العباده وقيام الليل وحفف في القايلة
والنوم نهارا • ثبت ان النبي صلي الله عليه وسلم قال للاعرابي الذي
بال في المسجد ان هذه المساجد لا تصلح لشي من هذا البول ولا
القذر انما هي لذكر الله والصلاة وقراءة القران او كما قال

[margin: فهو وغيره فيه بعد ذلك سوا او يرجح بالسابقيه ولو كان علي نيه ان لا يعود اليه تامل]

رسول الله صلي الله عليه وسلم واما اتخاذ المساجد مسكنًا فهو تغيير له
عمن جلس عليه غير انه ارخص فيه علي الوجه الذي ذكره المولف واجازوا
المبيت للمسافر في مساجد البادية لعدم المنازل هناك وقد كان
اهل الصفة يبيتون فيها في مسجد النبي صلي الله عليه وسلم وكان ابن
عمر يبيت معهم فيها حين كان عزبًا قيل رغبة منه في العبادة
ومخالطة اهلها لانه محتاجا منهم وفي الصحيح عنه قال كنت
غلامًا شابًا عزبًا وكنت انام في المسجد علي عهد رسول الله صلي
الله عليه وسلم وفي رواية ابيت في المسجد وفي الصحيح من
حديث سهل بن سعيد في حديث ذكره قال جاء رسول
الله صلي الله عليه وسلم بيت فاطمة فلم يجد عليًا في البيت فقال
اين ابن عمك فقالت كان بيني وبينه شي فغاضبني فخرج فلم يقل
عندي فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم لانسان انظر
اين هو فجا فقال يا رسول الله هو في المسجد راقد فجاءه رسول
الله صلي الله عليه وسلم وهو مضطجع وقد سقط رداوه عن شقه
فاصابه تراب فجعل رسول الله صلي الله عليه وسلم يمسحه عنه
ويقول قم ابا تراب قم ابا تراب ومنهم من اجاز المبيت
في مساجد المداين والمشهور ما تقدم وهو اقرب الي مقتضى مجموع
ما روي من الاثار والله اعلم **وقوله** ويكره فيه البيع والشرا وسل
السيف وانشاد الضالة والهتف بالجنايز ورفع الصوت ولو بالعلم
خرج النسائي من حديث ابي هريرة عن النبي صلي الله عليه وسلم
انه قال اذا رايتم من يبيع او يبتاع في المسجد فقولوا لا اربح
الله تجارتك واذا رايتم من ينشد ضالة في المسجد فقولوا لا ردها
الله عليك وخرج عبد الرزاق عن عمرو بن شعيب قال نهي
رسول الله صلي الله عليه وسلم ان يسل السيف في المسجد ومن حديث
واثلة وابي الدردا وابي امامة قالوا سمعنا رسول الله صلي الله عليه

وسلم

وسلم يقول جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم وسل سيوفكم
واقامة حدودكم ورفع اصواتكم وخصوماتكم وجمروها في
الجمع واجعلوا علي ابوابها المطاهر في سنده من ضُعِّفَ واما قول
المولف ورفع الصوت ولو بالعلم فجعل رفع الصوت بالعلم كالغاية
للكراهة فانما يحسن هذا ان لو كان رفع الصوت بالعلم خارج
المسجد مباحا او مندوبا اليه فيقال يكره في المسجد بعض
ما هو مباح او مندوب اليه خارج المسجد ليظهر احترام المسجد
وظاهر المذهب كراهة رفع الصوت بالعلم خارج المسجد قال
مالك ما للعلم ولرفع الصوت نعم قد تقوى الكراهة فان رفع
الصوت في المسجد بالعلم وبغير العلم مكروه ورفع الصوت
في غير المسجد بالعلم مكروه فاذا رفع الصوت في المسجد بالعلم
حصلت الكراهة من وجهين وانما يحسن كلام المولف
علي مذهب ابن مسلمة ومثله عن ابي حنيفة جواز رفع الصوت
بالعلم في غير المسجد واستخف اهل المذهب قضا الدين في
المسجد ورأوه ايسر من المعاملة بالبيع والشرا واستحسن
جماعة عقد النكاح فيه ورأوه مخالفا لعقد البيع **وقوله**
ويجوز للرجل جعل علو مسكنه مسجدا ولا يجوز له جعل سفله مسجدا
وسكنى العلو لان له حرمة المسجد• ذكر في المدونة مثل
ما قاله المولف هنا في التفرقة بين السكنى فوق ظهر المسجد
او تحته ولم يعلل لان له حرمة المسجد اي لاعلي المسجد حرمته
فان ذلك ليس بالبين ولا سيما والكلام فيما اذا حبس علي هذه
الصورة نعم ليس من الادب الاعتلا علي روس الفضلا واهل
الخير وقد فعل ذلك ابو ايوب الانصاري رضي الله عنه لما نزل
عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم وسكن بيتا عنده وسكن
ابو ايوب غرفة عليها حرة في الغرفة حتى ان ينزل منها شي

ولم نزد

ان ينزل منها حتى على رسول الله صلى الله عليه وسلم فسد
الكوة التي هناك بقطيفة كانت عنده ونقل رسول الله صلى
الله عليه وسلم ونزل هو واهله الى البيت واحتج في المدونة
لما ذكره بان عمر بن عبد العزيز كان يبيت بالمدينة فوق ظهر
المسجد اذ كان اميرا فلا تقربه امراة وليس في هذا ايضا دليل
لان مسجد المدينة سبق تحبيسه على امام عمر بن عبد العزيز والسكنى
بالاهل والمبيت بهم على طرح مخالف لمقتضى ما يبنى له ذلك المسجد
وانما الكلام فيمن اراد انشا تحبيس مسجد على هذه الصورة ⊙
وقوله ويكره دخول البغال والخيل والحمير عند نقلها
اليه بخلاف الابل • ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
طاف على البعير ولا يلحق به غيره من المولو بات على المذهب
لنجاسة ابوالها وارواثها وطهارة ذلك من البعير **فان قلت**
ليس كل طاهر يصح ان يلقى في المسجد ولو اخذ في الثوب الا ترى
ان مالكا كره في المدونة مص الشارب في المسجد ولو
اخذ في الثوب والقى خارجه فيلزمكم على هذا ان لا تجيزوا
ادخال البعير الى المسجد **قلت** نحن انما اجزناه لهذه الضرورة
ولم يلحق به ما عداه وذكرنا الفرق وان هذه الضرورة تنتهض
عذرا في صورة دون صورة ولاجل ذلك اطبق الجمهور على ان
ما في الحديث كان لضرورة واختلف في تعيينها فروي عن
بعض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يشتكي حينئذ
فلذلك طاف راكبا وروي انه فعل ذلك ليقتدى به في
كيفية الطواف كما صلى على المنبر ويحتمل انه فعل ذلك لمجموع
الامرين اذ لا تنافي بينهما **فان قلت** صح من حديث انس ان
رجلا دخل على جمل فاناخه في المسجد ثم عقله ثم قال ايكم
محمد ورسول الله صلى الله عليه وسلم متكئ وهو بين ظهرانيهم فقلنا

له

له هذا الابيض المتكئ فقال له الرجل يا ابن عبد المطلب فقال
له النبي صلى الله عليه وسلم قد اجبتك الحديث فظاهر هذا الحديث
جواز ادخال البعير المسجد من غير ضرورة **قلت** لا ضرورة
اشد من استئلاف رجل على الاسلام ولا سيما في مثل هذا الذي
اتى وفد افاسلامه اسلام لمن اوفد الا ترى ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم لم يغلظ على الاعرابي الذي بال في المسجد مع
انه كان مسلما حينئذ وشدد الموعظة في النخامة في المسجد
من غير الاعرابي واين النخامة من البول **وقوله** ويكره ان يبصق
على ارضه ويحكه وان يعلم فيه الصبيان • كره اهل المذهب
البصاق على حصير المسجد وعلى ارضه اذا لم يكن محصبا وخففوا
ذلك تحت الحصير وما في معناه من دفنه في الحصباء وفي النعل
وفي الصحيح من حديث ابي ذر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
عرضت على اعمال امتي حسنها وسيئها فوجدت في محاسن
اعمالها الاذى يماط عن الطريق ووجدت في مساوي اعمالها
النخامة تكون في المسجد لا تدفن وفيه من حديث انس قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم البصاق في المسجد خطيئة وكفارتها
دفنها واما تعليم الصبيان في المسجد فوجه كراهته ظاهر
لعدم تحفظهم وادخالهم المسجد في الغالب ما يمنع ادخاله فيه
وقوله واما المعادن فانها ان كان ذهبا او فضة
فالى الامام وان كان غيره فلصاحب الارض او لاهل الصلح
اما ما يتعلق بمعادن الذهب والفضة فلصاحب الارض ولاهل
الصلح ولمن هي فقد تقدم منها في كتاب الزكاة واما غير ذلك
من المعادن ففيه قولان اصحهما ان النظر فيها الى الامام حيث
ما وجدت والثاني انها لملاك الارض وهو الاظهر لانها جزء
من الارض التي هي مملوكة وقد عطف المولف اهل الصلح على صاحب

العام

الارض مع انهم لبعض اصحاب الارض فان قلت هو من عطف الخاص
على الخاص ليتحقق دخول الخاص تحت العام اعتنا به ولئلا يتوهم خروج
ذلك العام فان اطلاق العام وارادة الخاص كثير قلت لا يحسن
ذلك المعنى هنا فان اهل الصلح لا يتوهم اخراجهم من هذا العام الا ترى
انه يحكم لهم بالمعدن والركاز حيث لا يحكم لمالك الارض المسلم
على ما في كتاب الزكاة وانما كان يحسن ذلك ان لو كان الامر بالعكس
وقوله ولا ينظر الامام فيما خرج من البحر من عنبر ولولو يعني
ويكون لواجده لانه من مباحات البحر من الحوت فيكون لمن سبق
اليه فيتعرض الامام له كتعرض غيره قال في المدونة في الذهب
يوجد بساحله في تراب فيغسل ان فيه الزكاة كالمعدن ولذلك
قيد المولف كلامه بالعنبر واللولو وقوله واما الماء في الابنية
والبير في ملكه فيجوز بيعه ومنعه اما من له ماء في ابنية وشبهها
مما ينتقص بالاخذ منه ولا يخلفه غيره فالصحيح ان له بيعه
وقد اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض اسفاره من امراة
ما وجمع لها من اصحابه طعاما كالعوض عن ذلك واما ما البير
هو كالبير وشبهها فالمشهور ما قاله المولف انه يجوز بيعه
ومنع من ذلك جماعة وهو ظاهر قول يحيى بن يحيى لانه قال
اربع لا ارى ان تمنع الماء والنار والحطب والكلا واظنه اعتمد
في ذلك على الحديث المروي في هذا الباب عن ابن عباس عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلمون شركا في الماء والنار والكلا
وثمنه حرام وهو حديث ضعيف السند وجا في معناه ما هو
مثله في الضعف لكن في الصحيح من حديث ابي هريرة قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلا
وفي الصحيح ايضا عن ابي هريرة ايضا عن ابي هريرة عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال ثلاث لا يكلمهم الله يوم القيمة ولا ينظر

اليهم

اليهم رجل حلف على سلعة لقد اعطى بها اكثر مما اعطى وهو كاذب
ورجل حلف على يمين بعد العصر ليقتطع بها مال امرئ مسلم ورجل
منع فضل ما فيقول الله اليوم امنعك فضلي كما منعت فضل ما لم
تعمل يداك وفي الموطا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا يمنع نقع بير فهذه احاديث دلت على التشديد في المنع من
ما فيه وهو الفضل وما يستغني عنه مالكه والتعرض لمعنى احاديث
هذا الباب والكلام على الجمع بينها اذ في بعضها ما يوهم المعارضة
يطول فان قلت قول المولف ومنعه بعد قوله فيجوز
بيعه واخذ العوض عنه مستغنى عنه لانه يعلم قطعا اذا كان
له بيعه واخذ العوض عنه ان ذلك منع له قلت مقصود المولف
مراده ان له منعه ايضا بغير عوض كما يمنع ثوبه ودابته
اذ من الممكن ان يقال له منعه منعه الا بالثمن ان وجد من يعطيه
فيه ثمنا وان لم يجد من يعطيه فيه ثمنا لم يكن له منعه اذ
لا كبير ضرر عليه في اعطائه لانه يعطي ما لا ثمن له وما لا يعود
مثله اليه اذا خرج من البير فنبه المولف على ان هذا القدر
لا تاثير له وان له مع ذلك منعه وقوله وما يسيل من الجبال
في ارض مباحة سيقي به الاعلى فالاعلى الى الكعبين ثم يرسله وروى
مالك في الموطا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في سيل
مهزور ومذينب يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الاعلى
على الاسفل وروى عبد الرزاق ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى في سيل مهزور ان يحبس في كل حايط حتى يبلغ
الكعبين ثم يرسل وغيره من السيول كذلك وفي الصحيح ان رجلا
خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها النخل فقال
الانصاري سرح الماء يمر فابا عليهم فاختصموا عند رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير

إسق يا زبير ثم ارسل الما الى جارك فغضب الانصاري وقال
يا رسول الله ان كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله صلى الله
صلى الله عليه وسلم ثم قال يا زبير اسق ثم احبس الما حتى يبلغ الى
الجدر قال الزبير والله اني لاحسب ان هذه الاية نزلت في ذلك
فلا وربك لا يومنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم قال الزهري
نظرنا في قوله صلى الله عليه وسلم احبس الما حتى يبلغ الى الجدر
فكان الى الكعبين ومهزور ومذينيب المذكوران في الحديث الاول
واديان بالمدينة يتنوبان بسيلان بالمطر ويتنافس اهل المدينة
في سيلهما ومراد المولف انه ان كان الما غير مملوك الاصل بل بسيل
كما قال في الجبال وشبهها في ارض غير مملوكة فان الذي يصل اليه
الما اولا اولى به من الذي يصل اليه ثانيا وهلم جرا الى ان يصل يسقي
به الاخر وهذا بشرط ان يكون احياوهم في وقت واحد واحيوا
ايضا على هذا الترتيب وفهم هذا الحكم من الاحاديث السابقة
بين قال سحنون فان كان الجنانات متقابلات فيما حكمه ان
يكون الاعلى فالاعلى قسم الما بينهما وان كان الاسفل مقابلا
لبعض الاعلى حكم لما كان اعلى بحكم الاعلى ولما كان مقابلا بحكم
المقابل ثم ذل الحديث او الاحاديث على ما قال الزهري
على ان منتهى ملث الما في الجنان بلوغه الى الكعبين ولكن اختلف
هل ذلك قبل ري الجنان او بعده فقال مطرف وابن الماجشون
وابن وهب اذا بلغ الما في حايط الاعلى الى الكعبين من يقوم فيه
اغلق مدخل الما هكذا ذكر ابن حبيب عنهم وحكى عيسى عن ابن وهب
ان الاول يسقي حتى يروي حايطه ثم يمسك بعد ريه ما كان
من الكعبين الى اسفل ثم يرسل وروي ابن دينار عن ملك انه يجري
الاول من الما في ساقيته الى حايطه قدر ما يكون الما في الساقيه
الى الكعبين حتى يروي حايطه اذا يبقى الما فاذا روي ارسله كله

واستحسن هذا ابن مزين قال ابن كنانة بلغنا انه اذا سقي بالسيل الزرع
اسيل حتى يبلغ الما شراك النعل واذا سقى النخل والشجر وما له اصل
فحتى يبلغ الكعبين قال واحب الينا ان يمسك في الزرع حتى يبلغ
الحد للكعبين لانه ابلغ في الري **قلت** وهذا يقرب من القول
الاول لانه اذا بقي من الما في الزرع بعد ريه هذا القدر ادى الى
فساده فلا يمكن ذلك من غير افساد الا على القول الاول لكن الاوفق
عندي لمقتضى حديث الزبير هو قول ابن وهب في رواية عيسى لان
النبي صلى الله عليه وسلم جعل له اولا مطلق السقي قال الابي على وجه
الحكم بل ندبه الى اسقاط بعض حقه رعيا للمجاورة فلما تكلم
الخصم بذلك الكلام استوفى للزبير حقه فلا بد ان يكون ما جعل
له ثانيا اكثر مما ندبه اليه اولا فيكون قوله ثانيا اسق مثل قوله
اولا اسق وقوله ثانيا ثم احبس الما معطوف على قوله اسق فهذا
الحبس امر زايد عليه عملا بوجوب مغايرة المعطوف للمعطوف
عليه وبين صلى الله عليه وسلم غاية المعطوف بان يبلغ في السقي
الى الكعبين **وقوله** ويومر بالتسوية فان لم تعذر سقي كل موضع
على حدة • يعني ان ما سبق الكلام عليه هو اذا كان الجنان مستويا
كله فان كان بعضه مرتفعا وبعضه منخفضا امر صاحبه بتسويته
ليتوصل الى تحقيق ما حكم له به قاله سحنون وان تعذرت التسويه
صار جنانه كاجنة مختلفة يسقي كل واحد منها على حدة قاله الباجي
وقوله فان احدث إحيا الاعلى فالاقدم احق • يعني تقدم بالاحيا
من مكانه اسفل وتاخر من مكانه اعلى فالذي احيا اولا اولى
قاله سحنون وراى ان هذه الصورة تخرج من عموم الحديث
بضرب من الاستدلال ولكن زاد سحنون في فرض المسلة
زيادة اسقطها المولف قال ان اراد الاعلى ان ينفرد
بالما ويسقي قبل الاسفل الذي احيا قبله وذلك يبطل عمل الثاني

حبا

ويتلف زرعه فالقديم اولي فشرط في اخراج هذه الصورة من مقتضى
العموم ان يكون زرع الاقدم بحيث يخشى عليه ويحتمل الا يرى الاقدم
اولى اذا انعقد هذا الشرط رعيا لظاهر الحديث ما امكن والله اعلم
وقوله وان كان مسيله في مملوكه فله حبسه متى شاء وارساله
هكذا قاله سحنون ورأي انه استحقه بحلوله في ارضه وقوله
فان اجتمع جماعة في اجرامها الي ارضهم لم يقدم الاعلي وكان
بينهم يقتسمونه بالقلد وشبهه على قدر اعمالهم. تصور هذا الكلام
بين وانما افترق حكم هذا الما من حكم الذي قبله لان هذا الما
يملك قبل وصوله الى الارض التى تسقى به فيقتسم بينهم على قدر املاكهم
فيه وملكهم له كان بسبب اعمالهم فيقتسمونه على حسب تلك الاعمال
والما التي في الفصل الذي قبل هذا لم يملكوه وانما يستحقه كل واحد
منهم بالوصول اليه فكان الذي يصل اليه الما اولا احق به من الذي
بعده ما لم يعرض في ذلك معارض على ما تقدم ولهذا المعنى كان
من يمر في ارضه اولى به من غيره يرسله متى شاء على ما قاله سحنون
وقوله والقلد قدر يثقب ويملأ ماء لاقل جزء ويجري النهر
له الى ان ينفد ثم كذلك لغيره او يعرف مقدار ما يسيل منه
يوما وليلة ويقسم على انصبائهم ويجعل كل واحد مقداره في قدر او قدور
بمثقاب الاول ويجري النهر له حتى ينفد او يقسم بخشبة تجعل
فيها خروق او بغير ذلك. لما جرى ذكر القلد في كلامه وانه
يقسم به الما اراد ان يبين كيفية تلك القسمة فذكر وجوها احدها
انه يوخذ القلد وهو القدر فيثقب ويملأ ما لاقلهم جزءا ولنفرضه
الثمن ويجري لصاحب الثمن ويصرف ما النهر الي جنبه حتى يفرغ
ذلك الما من القدر ويجعل لصاحب النصف اربعة امثاله في اربعة
قدور تثقب بما يثقب به القدر الاول ثم ان اجتمعوا على تقدم
بعضهم قدم والا اقترعوا على من يتقدم منهم وهذا لا يحتاج اليه فان
لهم

لهم ان يصلوا الى هذا المعنى بغير واسطة القلد فانا اذا فرضنا ان
يجعلوا القدر الذي اقتسموا انما يبقى ماؤها في ساعة معدلة فليقتسموا
الما على ثمان ساعات وليبتدؤوا بمن اتفقوا على تقدمه او بمن اخرجته
القرعة اولا واستخراج الساعات بالالات التي يعرفها اصحاب
المواقيت الوجه الثاني من الوجوه التى ذكرها المولف اولا مقدار
ما يسيل من الما من انا في يوم وليلة ثم يقسم ذلك الما على انصبائهم والتوصل
الي ذلك ان يثقب انا ويجعل تحته اخر ويملأ المثقوب ما فمهما ظهر
فيه نقص ما زيد فيه وحفظ ما يسيل الى الانا الاسفل وعلم كيله
او وزنه ولا يحتاج الى حفظ عينه ولا يزال كذلك فمهما ظهر
في الانا المثقوب نقص زيد فيه الي ان ينقضي مجموع يوم وليلة
ثم اخذ جميع ما سال في هذه المدة فيقسم بينهم على قدر سهامهم او
يوخذ مثل كيله او وزنه ان كان حفظ كيله او وزنه ويقسم
كذلك ويجعل لاقلهم سهما انا واحدا وعلى عدد تلك السهام تكون
الاواني الا انه اذا صنع هكذا انقضى الدور بينهم في اكثر من يوم
وليلة واتفقوا ايضا على من يقدمونه او يقترعوا على ذلك ان تشاحوا
فيه ومعنى قول المولف في هذا الوجه ويجعل كل واحد مقداره
في قدر او قدور اي ان كان له سهم فقدر وان كان له اسهم
فقدور بعددها فاو للتفصيل واما قوله او يقسم بخشبة تجعل
فيها خروق فمراده والله اعلم بذلك هو ما يصنعه الموثقون من
اهل الزمان في الالة التي يسمونها المناقله وقوله او بغير ذلك اي
من الالات التي تستخرج بها الاوقات ويجعلون لاقلهم نصيبا مقدارا
تاما من الزمان يتفقون عليه ويضعفون ذلك القدر لاكثرهم
بعدد سهامه وهذه الطرق متقاربة موصلة الى المقصود
من التساوي بينهم ووصول كل واحد الي حظه الا انه من
وقع منهم نصيبه في الليل حصل له اكثر ممن وقع نصيبه في النهار

العرف

ولابد من ذلك قال بعضهم ولا يمنع ذلك من القسمة كما لا يمنع من قسمة الدار
الواحدة مع انه يعلم ان يقع لبعضهم افضل مما للبعض اذ قد تكون بعض بيوت
الدار احسن من بقيتها **قلت** وهذا لا يلزم لان من ياخذ احسن البيوت
فانما ياخذه بقيمته فهو بالضرورة ياخذ اقل في المقدار من غيره ولا كذلك
من ياخذ نصيبه من الما في الليل مع من ياخذ نصيبه في النهار ولنكتف
بهذا القدر فانه اللايق بكلام المولف ومن اراد الزيادة عليه فلينظر
كلام القاضي عياض في تنبيهاته قيل ان كانت الارض بينهم مشتركة
بميراث او غيره وما القلد حينيذ بينهم ثم اقتسموا الارض فيحسب
زمان البعيد منهم من وقت ارسل اليه الما لامن وقت وصوله
الى ارضه لان الارض قد قومت على حالها من القرب والبعد
وان كان ملكهم للما متاخرا عن قسمتهم الارض فلا يحسب على البعيد
منهم الا من وقت وصول الما الى ارضه وقال ابن الماجشون في
ورثة قسموا ارضا ولها ما كثير يكفي البعيد منهم والقريب
فقل ذلك الما حتى صار لا يكفي البعيد فاراد نقض القسم قال لا ينقض
قسم الارض ويرد قسم الما فيراد من بعد على من قرب بقدر
ما يستوي القرب والبعد فيكون للبعيد منه اكثر ما للقريب
على ما لو قسمت بالما قسما واحدا وقال القاضي ابو الفضل عياض
ان كان هكذا لم تصح قسمة الما بينهم ولا قياسه ولا جمع ما يخرج
من القلد حتى يطلق اولا الما الى ارضه وما التقب من القلد يجري
حينيذ مراقي غير مجموع ولا محبوس فاذا بلغ ارضه اشهد الامنا
حينيذ بلوغه بصوت او ضرب شي يبلغهم حسه فيبتدون
بجمع الماني الانية وحبسانه على ما سلف **وقوله** واما ما البير
التي حفرت في الفيافي فلا يباع وصاحبها او ورثته احق بحاجتهم
وقال ابن الماجشون لا حظ فيها للزوجين • يعني انها حفرت
للمواشي وشبه ذلك لا للاحيا وجرت العادة فيما حفر على هذا

الوجه ان ينتفع بها بشربه او سقي مواشيه ثم يتركها للناس فلاجل ذلك
يكون هو او ورثته احق بحاجتهم وما فضل عنهم فلساير الناس
ولا يباع لان بيعها يبطل حق الناس الثابت فيها بمقتضى الالتزام العادي
فان قلت يباع منها قدر حق حافرها **قلت** هذا لان الحق
غير منضبط وانما يتقرر بحسب عوارض الحاجات وهو المجهول
القدر وايضا فقد قيل ان ورثة حافرها لا يختصون بما كان لحافرها
وقيل ان الزوجين لا حق لهم فيها قال مالك في المجموعة لا يورث
بير الماشية ولا يوهب ولا يباع وان احتاج قال الباجي يريد بقوله
لا يورث على معنى الملك ثم ذكر قول ابن الماجشون الذي ذكره
المولف وزاد فيه اذا لم يكن احد الزوجين من بطن الزوج الاخر
وتاويل الباجي حكاه ابن حبيب نصا قال ومن استغنى منهم
عن حظه فليس له ان يعطيه احدا وساير اهل البير اولى به وممن
غاب وكذلك قال اشهب في الوصية بها ووقع في بعض المواضع
الكراهة قال الباجي وعندي ان الكراهة اذا حفر على معنى
واما اذا حكم له بحكم الاباحة لفضيلته يجب ان يحمل على التحريم
ثم قال ابن الماجشون ان كانت لهم سنة يعني الورثة في تقدم
ذي المال الكثير او قوم على قوم او كبير على صغير حملوا عليه
والا استهموا قال ابن رشد وهذا عندي اذا استوى تعددهم
من حافرها واما ان كان بعضهم اقرب اليه فهو احق بالتبدية
قلت ما شيته او كثرت **وقوله** ولا يمنع ما فضل • يعني عن حاجة
الحافر في سقي لماشيته او شفة على الوجه الذي حفرها له لما قدمنا
ان ذلك بمقتضى العادة **وقوله** والمسافرون احق من المقيمين
ولهم عارية الدلو والرشا والحوض • لما قدم انه لا يمنع الفضل
دل ذلك على ان للمقيم والمسافر حقا في ذلك الفضل فبين المولف
ان المسافرين احق به من المقيمين لمشقة حاجة المسافرين الى

الخروج عن موضع الما وايضا فان المسافرين اذا انفصلوا عاد ما
البير علي ما كان عليه او قريبا منه فانتفع به المقيمون بخلاف المنفعة المسافرين
والمقيمين بخلاف ما لو بدا المقيمون علي المسافرين وقال بعض الشيوخ
اذا استوت حاجة المسافرين والمقيمين ولم يكن في الما فضل فانه
يبدا بمن جهده اكثر فان استووا في الجهد فاختلف في ذلك
علي قولين فقال اشهب يستوون في الما وقال بن لبابة اهل الما
احق وهذا مخالف لقول المولف وظاهر اطلاقات اهل المذهب
ان وجوب عارية الالة في هذا الباب عامة في حق الملي والفقير
ولعل ذلك لان مالكها لم يتخذها للكرا وانما اتخذها لتحصيل المنفعة
المقصودة منها لا غير ذلك والا فالاصل انه لا يخرج ملك الانسان
عنه ولا للانتفاع به الا بعوض **وقوله** فلو بين حافرها واشهد
انه ملك فقال الباجي الظاهر انه يملك ولا نص فيها• وقاسه
علي الاحيا فيفرق فيه بين القرب والبعد **وقوله** واما توابع الما
من الصيد والكلا فان كان في ارض غير مملوكة لم يمنع احد• لا شك
ان ما كان من الصيد والما في ارض غير مملوكة انه من المباحات
وان من سبق اليه فهو اولى به ومثل هذه الصورة في الكلا
مما يقطع بارادتها من قوله صلي الله عليه وسلم لا يمنع فضل الما
ليمنع به الكلا **وقوله** واما المملوكة فقال بن القسم سالت مالكا
عن بحيرات بمصر يبيع اهلها سمكها فقال لا يعجبني لانها تقل
وتكثر ولا احب له منع احد يصيد وقال سحنون له منعهم
وقال اشهب ان طرحوها فتوالدت منعت• يعني واما الارض
المملوكة باعتبار الصيد فيها لمقابلتها بالكلا علي الكلا ومنع مالك
بيع حوتها للغرر وهو ظاهر وكلامه صريح في ان المنع من الصيد
فيها ليس علي التحريم بخلاف ظاهر كلام اشهب ولعل سحنون يريد
بقوله ان له منعهم في الفضا اذا تنازعوا وذلك لا ينافي كراهة

الخ

المنع وزاد بعض الشيوخ عن اشهب ان لهم منعهم اذا كان عليهم
في الصيد مضرة وقال مطرف وبن الماجشون ما كان ملكا
لاهله وفي حوزهم وحقهم منعوه وما كان في الانهار والخلج
التي لا تملك فليس لمن له بها سكني ان يمنع من طرا قال اللخمي
واري ان كان صاحب الارض طرحه فيها كان احق
به وكذلك ان لم يطرحه وكان في مزدرعة فوقفها كذلك
ومنع نفسه من مزدرعتها كان احق به وان كان في
عفا ارضه او في مزدرع ولم يات ابان الزراعة ولو اتي
السيل الما عنها كان كالكلا والما واسماكه ههنا اشبه
من الكلا ومن فضل البير لان الكلا يهلك وفضل ما البير يذهب
تحت الارض فلا يمنع ما ينتفع به غيره وان تركه هلك او ذهب
والحوت يبقي وينمي ويتوالد فكان له منعه **وقوله** واما الكلا
فسال بن دينار ابن القسم وبن حبيب مطرفا عما يباع منه وما
يباح فقالا لا يباع ويمنع ما في مروجه وحماه من ملكه ويباح ما فضل
عنه مما في فحوصها من البور والعفا فلا الا ان يكتفيه زرعه
فله منعهم للضرر وسئل بن الماجشون فسوي بينهما الا ما فضل
عنه من العفا وسوي اشهب في منعه وقال هو كالما الجاري
لا يحل ما فضل عنه ولا بيعه الا ان يحرزه ويحمله فيبيعه• ابن دينار
المذكور هو عيسى له في المدونة ما كان محظرا عليه فله بيعه
ومنعه وما لم يحظر عليه فلا يجوز له منعه وبيعه الا ان يحتاج
اليه لماشيته ودابته قال الباجي لما لحقه في المختصر
من افساد حضاره ولذلك قال من كانت له ارض فيها
عشب وحولها ارض مزروعة لم يكن لاحد الدخول الي
رعيها من مزارعه قال مالك في المجموعة وقريب منه في
المدونة له بيع مراعي ارضه سنة بعد ان يطيب ويبلغ ان

يرعى ولا يبيعه عامين قال الباجي فرق اشهب بين المياه في الارض المملوكة فقال لا يجوز بيع الكلا بحال لان الكلا في الارض المملوكة ليس من منافعها المقصودة فصارت كظلال الثمار التي لا تمنع **وقوله الوقف**

اربعة اركان اختار المولف هذه اللفظة على لفظة الحبس وان كان اللفظ الثاني هو غالب استعمال اهل المذهب لان اللفظ الاول اصرح في الدلالة عندهم على ما يأتي واللفظان كالمترادفين في اللغة قال الجوهري وقفت الدار للمساكين وقفا واوقفتها بالالف لغة رديه وقال ايضا احبست فرسا في سبيل الله اي وقفت فهو محبس وحبيس والحبس بالضم ما وقف وربما استعمل الفقها في هذا الموضع لفظ الصدقة واما استعمالهم اياه مع اللفظتين السابقتين او مع احدهما فكثير وله اثر عندهم في الظهور والحقيقة العرفية هي اعطا منافع على سبيل التابيد واختلف العلما في مشروعيته من حيث الجملة والجمهور على انه مشروع بل هو مندوب اليه وحكى بعضهم الاجماع على صحة تحبيس المساجد والطرق والمقابر والقناطر وفي الصحيح عن ابن عمر قال اصاب عمر رضي الله عنه ارضا بخيبر فاتى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستامره فيها فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني اصبت ارضا بخيبر لم اصب مالا قط هو انفس عندي منه فما تامرني به فقال ان شيت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر انها لا تباع ولا توهب ولا تورث قال فتصدق عمر في الفقرا وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف او يطعم صديقا غير متمول فيه وفي الصحيح ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلاث ولد صالح يدعو له وعلم ينتفع به وصدقة جارية وليس ذلك الا الحبس والاثار في هذا كثيرة واكثرها عن الصحابة

لمن

فمن بعدهم واحتج المخالف بما روي عن ابن عباس قال لما نزلت سورة النسا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس بعد سورة النسا واجيب بان في سنده عبد الله بن لهيعة واخاه عيسى وهما ضعيفان **وقوله** الموقوف • اي الركن الاول **وقوله** ويصح في العقار المملوك لا المستاجر من الاراضي والديار والحوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والابار والقناطر والطرق شايعا وغيره • فاعل يصح ضمير يرجع الى الوقف ومن في قوله من الاراضي هي التي يقول فيها بعض النحويين لبيان الجنس وبعضهم لا يثبت هذا الجنس القسم في اقسامها ويرى ما جاء من ذلك اما للتبعيض واما لابتدا الغاية وذكر المملوك في القيود ليس له هنا كبير معنى لان كل احد يعلم ان الوقف لا يكون الا فيما هو مملوك للواقف وهذا القيد ذكره الغزالي في الموقوف من حيث هو لا في العقار بخصوصيته ليخرج بذلك القيد وقف الانسان نفسه على نوع ما من العبادات لحا كلامه فيه حسنا جدا ويمكن ان يريد المولف بهذا القيد اشتراط ملك الرقبة وان ملك المنفعة وحدها لا يكفي في التحبيس ويدل على ذلك قوله باثره لا المستاجر فيكون مراده العقار المملوك رقبته لا منفعته بخصوصيتها الا

حسن

كان على هذا ان يظهر فاعل اسم المفعول فيقول المملوك رقبته وان يقول لا منفعته وينفي مطلق المنفعة المقابلة للرقبة ولا يحصر ذلك بمنفعة الاستيجار ومراده في الشايع من العقار ان تحبيسه جايز من حيث هو شايع وان كونه غير مفروز لا يمنع من تحبيسه وليس مراده ان من ملك جزا شايعا من دار مثلا فله تحبيسه بغير اذن شريكه فان ذلك ليس له لانه يضر شريكه حتى ياذن له في ذلك لان لشريكه ان يدعو الى القسمة فيما يقبلها والى البيع فيما لا يقبله ولذلك قال بعضهم

فان حبس حظه في المشاع قبل ان ياذن له شريكه فان كان المشاع
مما ينقسم قسم ما خرج للمحبس مضى حبسا وان كان مما لا ينقسم بيع نعوض
المحبس بنصيب صاحبه من الثمن مثل ما ابطله البيع واختلف هل يقضى
عليه بذلك **وقوله** وفي الحيوان والعروض روايتان وقيل الاطلاق
في الخيل وقيل بكره في الرقيق خاصة • يعني ان ما عدى العقار
في تحبيسه طريقان منهم من يحكي فيه كله خلافا ومنهم من يجرد
الخيل عن الخلاف والصحيح الجواز لما في الصحيح ان خالدا احتبس
ادراعه واعبده في سبيل الله يروى بالبا الموحدة من اعبده ويروى
بالتا باثنتين من فوق **وقوله** ولا يصح وقف الطعام • قالوا
لان الانتفاع به لا يصح الا باتلاف عينه وانما يكون الوقف في الذوات
لينتفع بها مع بقاء عينها وما وقع في المدونة من تحبيس الدنانير
والدراهم عندهم يرجع الى قرضها لان عوضها ينزل منزلتها
وينبغي ان يكون الطعام معينا كذلك **وقوله** الثاني
الموقوف عليه ولا يشترط قبوله الا ان يكون معينا واهلا
للقبول فان رد فقيل يكون لغيره وقيل يرجع ملكا • يعني
الركن الثاني ولما كان الموقوف عليه اعم من الموهوب له اذ
يصح التحبيس على من لا تصح الهبة له ولا الصدقة وهم غير المعينين
كالمجاهدين والفقرا وطلبة العلم وجب ان لا يشترط في هذا
النوع القبول لتعذر حصوله منهم وكذلك المعين الذي
ليس له اهلية القبول كالصغير والسفيه ولكن ينبغي ان يقدم
من يقبل له كالهبة والصدقة وهذا هو مراد المولف بقوله
الا ان يكون معينا واهلا واشتراطه التعيين ظاهر واما
الاهلية فيرد عليه فيها ما اشرنا اليه من الهبة والصدقة وحيث
شرطنا القبول فرد ومن له ذلك فحكى المولف وغيره قولين احدهما
انه ينفذ الحبس لغيره اي لمن يصرف في مثل ما حبس عليه والثاني

انه يرجع الى ربه ملكا وهو النظر رعيا للشرطية والقول الاخر
استحسان ولا يطرد معناه في الحبس على فقير وشبهه لانتقاصهم
بالصدقة ولا سيما ان قلنا في الحبس على المعين انه يرجع الى ربه ملكا
لموت المحبس عليه **وقوله** ويصح على الجنين وعلى من سيولد • لما كان
القبول ليس من لوازم الحبس صح التحبيس على كل من فيه اهلية
الملك ما لم يكن هناك معارض وفي معنى ذلك الجنين ومن
سيولد اي ومن سيولد لزيد مثلا فان قلت ما الذي افاد
ذكر الجنين لانه اذا علم صحة الوقف على من سيولد وهو معدوم
حين التحبيس علم صحته على الجنين بالضرورة لان الموجود قد حصل
له على وجه ما **قلت** قد يجاب عن ذلك من وجهين
احدهما انه لما ابتدا الكلام في الجنين وحكم بصحة الوقف
عليه والحكم عليه بذلك لا يستلزم الحكم على من سيولد عطف
عليه من سيولد ليلا يشك في حكمه **الثاني** ان بعض الناس
خالف في الجنين حكاه بعض الموثقين ولم يختلف في العقب
وشبهه فذكر المولف من سيولد كالحجة عليه في محل النزاع
فان **قلت** انما يحسن هذا لو ذكر الخلاف **قلت** لعله اضرب
عن ذكره لضعفه وذكر ما هو معتبر في الحكم والحجة والله
اعلم **وقوله** وعلى الذمي قياسا على صلته فانها جايزة وقد يعني
وصلت اسما بنت ابي بكر امها وهي مشركة بعد ان استاذنت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذن لها **وقوله** بخلاف الكنيسة
وشرا الخمر وشبهه والوقف على المعصية باطل • قال الباجي
لو حبس المسلم على كنيسة فالاظهر عندي انه يرد لانه وجه
معصية محضة كما لو صرفها الى اهل الفسق وظاهر هذا الكلام
انه لم يقف على نص في المذهب في مسلة الكنيسة ولكنه كلام
صحيح ولذلك عكس مسلة المولف لا ينفذ قال مالك في نصرانية

بعثت بدنانير الي الكعبة اجعل في الكعبة فقال بل تردا ليها

وقوله ولا يشترط ظهور القربة لما ذكر ان الوقف على المعصية لا يصح خشي ان يتوهم منه اشتراط ظهور القربة فبين ان ذلك غير مشترط وانما يشترط ذلك في النذر عند الجمهور واما الحبس فهو احد انواع العطايا والعطية اعم من القربة والله اعلم

وقوله ولا يصح علي وارث في مرض الموت • لا شك في صحة هذا الكلام على اصول المذهب ولان المرض المخوف موجب للحجر في التبرع على الوارث مطلقا وعلى الاجنبي فيما زاد على الثلث وانما ذكر المولف هذه المسالة ليرتب عليها المسالة التي بعدها وهي المسالة المعروفة بمسالة ولد الاعيان

وقوله فان شرك فما خص الوارث فميراث ويرجع بعد موت الوارث الي مرجعه• يعني فان شرك هذا المريض في الحبس بين وارث واجنبي فان هذا التشريك لا يوجب صحة الوقف مطلقا وانما يصح منه للاجنبي ما جعل له لانتفاء المانع في حقه وما خص الوارث من ذلك دخل فيه جميع الورثة فقسموا منفعته على الفرايض فاذا انقرضوا رجع اصله على الوجه الذي حبسه المريض وانما يتم هذا اذا كان الوارث الذي شارك الاجنبي لبعض الورثة لا لكل الورثة ولكن اتكل المولف في بيان ذلك على المثال الذي يذكر الان وهو قوله فلو وقف في مرضه على ثلاثة اولاد واربعة اولاد ابن ومات وتركهم واما وزوجة والثلث يحملهم فلولد الولد اربعة اسباع وقف والباقي للولد موقوف بايديهم يقسم على الورثة كغيره فلو مات احد الاولاد رجع لولد الولد الثلثان والباقي يقسم على الورثة ويدخل جميع ورثة الولد الميت بنصيب ولد لانه كميراث فلو مات اولا احد ولد الولد رجع لهم النصف والباقي على ساير الورثة فلو انقرضوا رجع الجميع كميراث للورثة والا

محمد

سحنون لا تدخل الام والزوجة لان رجوعه للوقفية لانهم اولي قال التونسي قول ابن القسم صواب لان الرجوع لا يكون مع وجود المحبس عليهم ولا تخرج الام والزوجة حتى ينقرض الاولاد فيرجع الى اقرب الناس للمحبس• هذه هي المسالة ولد الاعيان المعروفة بمسالة ولد الاعيان كما قلنا وهي في المدونة وغيرها خطا لدقة معانيها وغامض فروعها وقد افرد لها الشيخ ابو محمد تاليفا فاذا حبس المريض على ولده وولد ولده خاصة ولم يدخل بقية ورثته في الحبس وكان ولده للصلب وهم ولد الاعيان ثلاثة وولد ولده اربعة وله ام وزوجة وتوفي وترك الجميع والثلث يحمل ما حبسه فيقسم جميع ما حبسه على سبعة ولا يمكن ابطال ما ناب ولد الاعيان لان لولد الولد فيه حقا بعد انقراض ولد الاعيان وما كان لغير الوارث فيه حق لم يتات ابطاله فيقسم كما ذكرنا جميع الحبس على سبعة قال سحنون وابن المواز اذا كانت حالهم واحدة والا فعلى قدر الحاجة قال ابن المولز القاسم والذكر والانثى فيه سوا فما صار لولد الولد اخذوه وما صار لولد الاعيان اخذت الام سدسه والزوجة ثمنه وقسم ما بقي على ثلاثة عدد ولد الاعيان لانهم ذكور ولو كانوا ذكورا واناثا فللذكر مثل حظ الانثيين لان هذا القسم على حسب الميراث بخلاف القسم الاول فانه كان على سنة الحبس والذي قلنا في القسم الثاني هو مراد المولف بقوله والباقي للولد موقوف بايديهم يقسم على الورثة كغيره ثم قال المولف فلو مات احد الاولاد رجع لولد الولد الثلثان والباقي يقسم على الورثة ويدخل جميع ورثة ولد الميت بنصيب ولد لانه كميراث فلو مات احد الاولاد الاعيان انتقض القسم ويقسم جميع الحبس على باقي اولاد الاعيان وولد الولد وعدد ولد الولد اربعة من ستة فذلك الثلثان لهم يقسم بينهم على

قال سحنون [illegible] احسن الكلام
ويكلم [illegible]

مقتضى الحبس على ما تقدم والباقي وهو الثلث يقسم هنا على ولد الاعيان
كما قسمت ثلاثة الاسباع قبل هذا بينهم مع ام الميت المحبس وزوجته
فتاخذ امه سدس هذا الثلث وزوجته ثمنه فبهذا الوجه يصير لولد
الولد الثلثان ثم يحيى الميت من ولد الاعيان بالذكر فيقسم ما بقي
من الثلث بين ولد الاعيان بالسوا فما ناب الحيين منهم اخذاه
وما ناب الميت اخذه ورثته فتدخل فيه زوجته وامه فان كانت
امه هي زوجة الاول ضمت ما اخذت منه الى ما اخذت من ابيه
وان لم تكن امه فام الاول جدة له وكذلك ان كان له في ولد الولد
ولد اخر سهمه في هذا القسم وهذا هو معنى قول المولف ويدخل
جميع ورثة الولد الميت بنصيب ولد لانه ميراث وهذا هو قول
سحنون وابن المواز واحد قولي ابن القسم وله قول اخر ان القسم
لا ينتقض ويقسم ما كان اخذه في القسمة الاولى وذلك هو سبع الخمس
بانضمام ما اخذت منه ام الميت الاول وزوجته وبه يكمل
السبع فيقال لهذه الام والزوجة قد كنتما تحتجان عليه ان
سبينا ثرثك دونكما وانتما وارثان معه وقد زالت هذه الحجة
فيقسم هذا السبع على ولد الولد وعلى الباقيين من ولد الاعيان
بالسوا فما ناب ولد الولد اخذوه وما ناب الباقين من ولد
الاعيان اخذت ام المحبس وزوجته منه السدس والثمن ويقسم
ما بقي على ثلاثة عدد ولد الاعيان يحيى الميت بالذكر فيكون
لكل حي سهم وسهم الميت مقسوم على ورثته على الفرايض فيصير
بيد ولد هذا الولد نصيب بمعنى الحبس من جده في القسمة الاولى
والثانية ونصيب بمعنى الميراث من ابيه ولم يذكر المولف هذا القول
قال سحنون وانما هذا في الثمار واشباهها من الغلات يقسم عند
كل غلة على من وجد يوميذ حيا من ولده لصلبه وولد ولده ثم يجمع حق
ولد الصلب فيقسم على الفرايض فاما فيما يسكن من دار او يزرع من ارض

فلا

فلا بد من نقض القسمة في جميع الحبس فيقسم على من بقي من ولد الاعيان
وولد الولد فما صار لولد الاعيان دخل فيه اهل الفرايض وما صار
لولد الولد اخذوه ثم ان مات ثان من ولد الاعيان فكذلك
فان مات الثالث خلص الحبس لولد الولد وسقط حق الزوجة
والام فيه ثم قال المولف فلو مات اولا احد ولد الولد رجع
لهم النصف والباقي على ساير الورثة يعني فلو مات واحد من ولد
الولد وحده ولم يمت احد من ولد الاعيان وهو مراد المولف
بقوله اولا فقال ابن المواز ينتقض القسم وهو مراد المولف بقوله
رجع لهم النصف يعني لولد الولد لانهم كانوا اربعة فكان لهم
اربعة اسباع الحبس فلما مات واحد منهم قسم الحبس على عددهم
وهم ستة لانهم ثلاثة وعدد ولد الاعيان كذلك فيكون ما ناب
ولد الولد منه النصف يقسم على عددهم والنصف الباقي على
بقية الورثة يقسم بينهم ايضا على ما تقدم وتدخل فيه زوجة المحبس
وامه وقال ابن القسم في رواية عيسى لا ينتقض القسم ويقسم نصيب
الميت وهو السبع على ستة عدد ولد الاعيان وولد الولد فما
صار لولد الولد لهم في الحبس وما صار لولد الاعيان دخلت
فيه الام والزوجة او ورثتهما ووافقه على ذلك سحنون في كتاب
ابن عبدوس وقال سحنون في العتبية لا تدخل فيه الام والزوجة
لان وصية الميت قد نفذت اولا فارتفعت التهمة واما قوله فان
انقرضوا رجع الجميع ميراثا للورثة فهو احد قولي سحنون وقاله
عيسى ورواه يحيى عن ابن القسم والقول الثاني لسحنون هو الذي
له في العتبية وهو الذي نسبه اليه المولف وكلام التونسي ظاهر
ولنقتصر على هذا القدر فهو اللايق بكلام المولف مع الزيادة التي
ذكرناها عليه وكلام ابن يونس في المسئلة حسن وفيه كفاية لمن لم
يجد كلام الشيخ اي محمد وقوله ولا يصح وقف الانسان على نفسه..

وقيل ان افرد . اما وقف الانسان على نفسه فمنعه الجمهور وراوا انه
لابد من تغاير المعطي والاخذ في الحبس كالهبة والبيع وغيرها من الوجوه
التي تنتقل بها الاملاك لعوض وغير عوض وايضا فلا تظهر للتحبيس
حينيذ فايدة سوى منعه من التصرف وليس هذا هو المقصود من
الوقف وقال ابو يوسف يصح تحبيس الانسان على نفسه والنكتة
التي اشار اليها الجمهور مطردة فيما اذا شرك غيره مع نفسه فلذلك
ضعف قول ابن شعبان وهو القايل بالقول الثاني الذي ذكره
المولف وما روي عن عثمان رضي الله عنه انه وقف بيرا وقال
دلوي فيها كدلا المسلمين فلا دليل فيه لان مقصوده الاخراج
عن ملكه وانه لم يبق فيه لنفسه الا ما يبقى لمن حبس مسجدا فان
ذلك لا يمنع صلاته فيه مع المسلمين **وقوله** ولو ملك اخراج
البنات وقال عمل الجاهلية فاذا وقع فقال ابن القسم الشان ان يبطل
وقال ايضا اذا حيز مضى وان لم يحز عنه فليرده مسجلا وقال
ايضا ان فات مضى والا فليجعله مسجلا وقيل يحوز على البنين
خاصة وعلى البنات خاصة قال الباجي وهو مبني على الخلاف
في الهبة لبعض دون بعض . لا اشكال ان القول الاخير مخالف
لكل واحد من القولين الاولين وهما قول مالك بالكراهة وقول
ابن القسم باثره لان ظاهر القول الاخير اجازة الاقدام على تخصيص
الذكور بالحبس عليهم دون البنات وبالعكس وكذلك ظاهر
قول مالك الكراهة ابتدا خاصة دون التحريم وظاهر قول
ابن القسم التحريم لقوله الشان ان يبطل وهذا القول حكاه الباجي
لملك وقال ابن شعبان من اخرجهن بطل حبسه قال وكذلك من
شرط ان من تزوجت منهن بطل حقها الى ان يردها راد فينتقض
ذلك ويرده الى الفرايض وكذلك ظاهر قول سحنون لانه انكر
قول ابن القسم انه يمضي بالفوات وتخريج الباجي ظاهر وهو قوة كلام

اللخمي

اللخمي واقرب اقاويل هذا الباب واسعدها بالاثار ابطال الحبس
والهبة ومعنى قول المولف مسجلا اي غير مقيد بالبنين والبنات
فيدخل فيه جميع ولده الذكور والاناث قال محمد وانما يفعل ما قاله
مالك في فسخ الحبس وان يجعله مسجلا انما ذلك ما لم يات عليهم من
حبس ذلك عليهم فان ابى لم يجز فسخه ويبقى على ما حبس وان كان
حيا الا ان يرضوا الا برده وهم كبار وقال مالك وان لم يخاصم فليرد
الحبس حتى يجعله على الصواب قال ابن القسم وان خوصم فليبقه على حاله

علم معاله ما صله

وقوله وشرط الحبس حوزه عنه قبل فلسه وموته ومرض
موته والا بطل الحبس . احد انواع العطايا يشترط في صحته الحوز
كما يشترط ذلك في غيره من العطايا ومحل الحيازة فيه قبل موته وفلسه
ومرض الموت كما هو محل الحيازة في ساير انواع العطايا وسياتي
الكلام على ذلك في الهبة ان شا الله تعالى فان قلت معنى
قول المولف ومرض الموت اي وقبل مرض الموت وكلما هو قبل
مرض الموت فهو قبل الموت فهلا استغنى باحدى القبليتين عن
الاخرى **قلت** اما الاستغنا بالقبلية الاولى عن القبلية
الاخيرة فلا يصح ووجه ذلك ظاهر لاحتمال ان تكون الحيازة
قبل الموت وفي مرض الموت فلا تنفع حينيذ واما الاستغنا بالقبلية
الاخيرة عن القبلية الاولى فلا يصح ايضا لانه لا يلزم من كل موت
مرض لان موت الفجاة كثير فلاجل ذلك والله اعلم اتى المولف
بالقبليتين معا **وقوله** وان كان يصرف شفعته في مصرفها
فتا لشهافيها ان كان غلة فصرفها مليء جود وان كانت لغرس او سلاح
جور . يعني فان كان المحبس يتولى صرف منفعة الحبس على من
حبسها عليه وهم غير معينين فاختلف المذهب هل يقدح ذلك
في صحة الحوز اولا على ثلاثة اقوال يفرق في الثالث وهو مذهب
المدونة بين ان تبقى الرقبة بيده ويصرف الغلة وهذا الحايط

او الحانوت يبقيه بيده ويدفع غلة ذلك للفقرا فهذا لا يصح ولا يكون
احتيازا وبين ان يكون سلاحا او كتبا يدفعها لمن يقاتل بها
او ينظر فيها ثم يعيدها الى المحبس فهذا احتياز صحيح ومال الشيوخ
من تجرد هذا الوجه من الخلاف ويدخل في الوجه الاول قولين والفرق
بين اخراج الوقف وابقايها ظاهر لان اخراجها من يد المحبس احتياز
وعودها الي يده لعوده الى سكنى ما وهبه لبعد عام واما ابقا
المحبس تحت يده واخراج غلته فالذات المحبسة لم تخرج عنه البتة
والله اعلم قال اللخمي ويختلف اذا لم يات وقت انفاذ السلاح
للجهاد ولم تطلب الكتب للقراة حتى مات المحبس هل يبطل الحبس
قال ولو كان يركب الدابة اذا عادت اليه ليردها لم يفسد
حبسه وان كان يركبها حسبما يفعله المالك بطل حبسه قال
وقراة الكتب اذا عادت اليه خفيف فان انفذ بعض الحبس صح
ما انفذ وان قل ونحوه لحوز الكبير اليسير من صدقة الاب وقال
مالك في كتاب محمد اذا ان سلم ذلك الى من يحوزه عنه والمحبس
يقسم غلاته بين اهله جاز قال واباه ابن القاسم واشهب وقوله
واما لو كان واليا عن من وقفه عليه فيحوز اذا اشهد وصرف
الغلة في مصرفها . المسألة التي فوق هذه مفروضة فيما اذا كان
المحبس عليهم غير معينين ولا تتم الحيازة فيها الا على هذا الوجه
وهذه المسألة مفروضة فيما اذا كان المحبس عليه معينا ولا يتاتى
فرضها الا على هذا الوجه وليس مراد المولف ولا غيره من اهل
المذهب ان الحيازة تسقط في هاتين الصورتين وانما مرادهم
ان الحيازة فيها تكون على وجه مخالف لغيرها قال في المدونة
ولا يكون واهب حايزا للموهوب له الا والدا او وصي او من يحوز
امره عليه وهذا وان كان ذكره في المدونة في حيازة الهبة
فالحبس مشارك لها في ذلك قيل ومراده في المدونة بمن يحوز امره

بعن

بعد ذكره للوالد والوصي انه مقدم القاضي ويحتمل ان يريد به
الملتقط والحاضن على ان النص في الحاضن انه لا يحوز ثم شرط الاشهاد
الذي ذكره المولف لا بد منه وكذلك صرف الغلة في الوجه الذي
حبس فان علم انه كان يصرف في الغلة لنفسه كان ذلك مفسدا
للتحبيس وان علم بتصرفه واشكل هل كان يتصرف في الغلة لنفسه
او في الوجه الذي عليه حبس فظاهر ما يلهم يدل على ان الحبس
ماض حتى يتبين خلافه وقوله ويشترط في اثبات الحوز شهادة
بمعاينته لا باقراره . يعني انه يشترط معاينة البينة للحيازة مما
تمكن المعاينة فيه وانما لم يكتف في ذلك الاقرار لان المنازع
في صحة الحبس هو اما الوارث واما الغريم فلو اكتفى في ذلك بالاقرار
للزم قبول اقرار الانسان على غيره وهو باطل اجماعا وقوله
الثالث الصيغة او ما يقوم مقامها . يعني الركن الثالث ويقع
في بعض النسخ العطف على الصيغة باو وفي بعضها بالواو فعلى الاول
يكون لفظ الصيغة فاعلا لفعل مقدر اي تلفى الصيغة الدالة
على التحبيس او ما يقوم مقامها وعلى الثاني تكون لفظة الصيغة
خبر المبتدا مضمر اي الركن الثالث هو الصيغة وما يقوم
مقامها وقوله فلو اذن في الصلاة مطلقا ولم يخص شخصا
ولا زمانا فهو كالتصريح . لما قدم ان الصيغة غير مشترطة بل كل
ما يدل على معناها من قول او فعل او عادة يقوم مقامها في
ذلك ذكر صورة ليوكد بها ما دل عليه الكلام الاول ولم يكن
ادخل الكاف حيث قال فلو اذن لما تعطيه من السببية
ومراد المولف بقوله مطلقا رفع قيد الفرضية او النفلية
في الصلاة اي اذا اذن في مطلق الصلاة من غير قيد فريضة
ولا نافلة ولم يضم الي ذلك انسانا بعينه ولا زمانا معينا كشهر
او سنة فهو كالتصريح في دلالته على الوقف لان المقصود ما يدل

علي ارادة القربة وتخليص الناس من الانتفاع والحاق ذلك الموضع بالمساجد
باي وجه حصلت الدلالة علي ذلك حصل المقصود والله اعلم **وقوله**
ولفظ وقفت يفيد التابيد يريد ان هذه اللفظة اصرح الفاظ هذا
الفصل لانها دالة عنده علي التابيد من غير ضميمة وهكذا ذكر بعضهم
ولذلك ترجم المولف بها الكتاب وقال غير واحد انها مثل حبست
بحيث دلت لفظة حبست علي التابيد دلت لفظة وقفت وحيث
افتقرت لفظة حبست الي ضميمة افتقرت لفظة وقفت الي
مثل ذلك والتحقيق الرجوع في معاني هذه الالفاظ الي عرف الناس
ففي اي معني استعملوها حملت علي ذلك المعني والصحيح ايضا في
النقل انه لابد في صراحية لفظة وقفت من ضميمة وانه لامزية
لها علي لفظة حبست **وقوله** وحبست وتصدقت ان اقترن
به مايدل من قيد او جهة لا ينقطع الابد والافروايتان • يعني
ان لفظي حبست وتصدقت لا يدلان علي التابيد بمجردهما بل لا
بد مع ذلك من ضميمة اما ان تكون تلك الضميمة قيدا في الكلام
لقولهم حبس لا يباع ولا يوهب وشبه ذلك من الالفاظ او الجمع
بين اللفظين معا كما وقع في بعض الروايات اذا قال حبسا صدقة
او ذكر لفظ التابيد واما ان تكون تلك الضميمة جهة في
الحبس ومراده عدم انحصار من يصرف اليه الحبس باشخاص
معينين كقول المحبس هو حبس علي المساكين او المجاهدين او
طلبة العلم فان انعدمت هذه القيود والجهات وشبهها ففي
التابيد حينيذ روايتان وظاهر كلام المولف انه لا يختلف في
التابيد اذا وجدت هذه القيود والجهات وذلك غريب مما قال
في المدونة اذا قال حبسا صدقة او حبسا لا يباع ولا يوهب
ان قول مالك لم يختلف في هذا انه صدقة محرمة ترجع مراجع
الاحباس ولا ترجع الي المحبس ملكا ومع ذلك فابن عبد الحكم

حكي

حكى عن مالك انها ترجع اليه ملكا بعد موت المحبس عليه وان قال
حبسا صدقة فلذلك قال ابن وهب انه يرجع اليه ملكا اذا حبس علي
معين ولو قال لا يباع ولا يوهب نعم يعز وجود الخلاف بل ينتفي
اذا اقترن به شي من الجهات غير المحصورة والمرجوع في هذا كله
الي مدلول العرف والله اعلم وظاهر كلام المولف المساواة بين
لفظي الحبس حبست وتصدقت في القوة والضعف في هذا الباب
وذلك صحيح اذا اقترن بهما مايدل علي التابيد واما عند تجردها
من ذلك فلفظة تصدقت محتملة لنقل الملك بالصدقة التي هي اخت
الهبة بل ظاهرة في ذلك هكذا قال غير واحد وقولهم صحيح
ومن احب ان يقف علي ما في هذا من الخلاف فكلام ابن رشد
في المقدمات وعياض في التنبيهات واف في هذا **وقوله**
واذا لم يتابد بتابد رجع بعد انقطاع جهته ملكا لمالكه
او ورثته • يعني انك اذا عرفت مايدل من الالفاظ علي التابيد
وعلي عدم التابيد فما لا يتابد من ذلك يجري مجرى العمرى فاذا
انقرض المحبس عليهم عاد ذلك الحبس ملكا للمحبس علي ما كان عليه
قبل التحبيس فان كان حيا حينيذ فلا اشكال وان كان
ميتا فالي ورثته يوم مات ان كانوا موجودين والافالي ورثتهم
ويقع في بعض النسخ عوض قوله بعد انقطاع بعد انقراض جهته
وهو قاصر لان مراده بالجهة ماقابل القيد في قوله من قيد او جهة
وهي عدم الانحصار كما قدمناه وقد يكون الانقطاع بخلاف انقراض
الجهة بل بسبب قيد مقترن بالحبس **وقوله** فاذا تابد رجع
الى عصبة المحبس من الفقرا ثم علي عصبتهم • يريد ان الحبس
المؤبد اذا تعذر صرفه فيما حبس عليه لانقراض المحبس عليهم
لم يرجع ذلك الحبس الى المحبس قالوا لانه من باب العود في الصدقة
وهو اعم من ذلك لان المذهب انه لا يشترط فيه ظهور القربة

ض

وهذا انما يظهر اذا كان الحبس اولا بمعنى الصدقة

قال بن كنانة انما رجع الى اولى الناس بالمحبس ولم يرجع الى المحبس لانه
رجوع في الصدقة فرجع الى اولى الناس بالمحبس لما يجتمع فيه من الصلة
وسد خلة الفقرا قال مالك في رواية اشهب احب الي وغيره في
الذين يرجع اليهم الحبس من العصبة ان يكونوا فقراء وهذا هو المشهور
وقيل اذا لم يرجع يكن اهل المرجع فقرا ولم يكن فيهم من اهل الحاجة
احد اعطي الاغنيا منهم وقيل يدخل الاغنيا في السكنى دون الغلة
وفي قول المولف ثم على عصبتهم حذف تقديره كذلك اي ثم على عصبتهم
من الفقرا لان الفقر شرط في جواز الاخذ من مرجع الحبس فان قلت
قد علم ان عصبة العصبة عصبة قطعا لان العم مثلا عصبة فاذا لم
يوجد وجد عصبته وهو عمه فهو عم العم وعم العم عصبة للميت الاول
فعلى هذا التقدير كان ينبغي ان يقول المولف رجع الى عصبته من الفقرا
الاقرب فالاقرب فلاي شي عدل عن هذا الكلام وهو الحقيقة الى
الكلام الذي اتى به وهو المجاز مع التقارب بينهما في اختصار
اللفظ قلت لعل ذلك لان الكلام الذي عدل اليه يقتضي
ظاهرا ان لا ياخذ احد من الدرجة البعدى شيئا مع وجود الدرجة
القربى واما الكلام الذي عدل عنه فقصاراه ان يقتضي البداية
بالدرجة القربى ولكنه لا يمنع اهل الدرجة البعدى من الاخذ
اذا غني اهل الدرجة العلى هذا نهاية ما يمكن ان يقال في ذلك
مع ان المذهب اختلف في اخذ العصبة الاغنيا من مراجع
الاحباس كما قلناه الان وكذلك اختلف ايضا اذا كانوا فقرا
في مراجع الاحباس فاخذوا ما يكفيهم وبقيت بقية هل تدفع
الى من هو ابعد منهم او ترد عليهم على ما تقتضيه ظاهرا او لا
وكلام المولف قد يجري على احد القولين وقوله ويدخل من النسا
من لو كان رجلا كان عصبة وقيل لا يدخل النسا • الاقرب ان
النسا يدخلن لان مراجع الاحباس لا يعتبر فيها لفظ المحبس لعدم

ان رجع صدقة على
المساكين واهل
الحاجة ولا يرجع
مرة ثانية شرط
المولف صح

تناوله

تناوله لها بل الغالب ان المحبس مات وهو يظن ان العقب لا ينقرض
فكان الاولى صرفه في الاقربين لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث
ابي طلحة اري ان تجعلها في الاقربين وعلى دخولهن فقال مالك في
كتاب محمد الذكر والانثى فيه سوا وان اشترط في اصل الحبس
للذكر مثل حظ الانثيين قال لان المرجع ليس فيه شرط ولو لم يكن
له يوم يرجع الا ابنة واخت لكان لها جميعه وقوله ولا تدخل
الزوجة ولا الجدة للام • ظاهر كلامه ان هذا متفق عليه ومراده
ايضا ان عدم دخولهما اذا لم يكن بينهما وبين المحبس من القرابة
سوى ما ذكر ولو كان بينه وبينهما مشاركة في النسب لدخلتا
لانهما على هذا التقدير لو كانتا رجلين لكانتا من العصبة قال بن
القسم تدخل الجدات والعمات وبنات الاخ والاخوات
للاب والام او للاب دون الاخوة للام وتدخل امه وقال
مالك لا تدخل وقال عبد الملك لا تدخل الام ولا احد من الاناث
الا من ترثه فاما عمة وبنت عم وبنت اخ فلا وقوله وعلى
دخولهن لو ضاق فالبنات اولى • تقدم فوق هذا ما حكيناه
عن كتاب محمد في البنت الواحدة اذا لم يكن الا هي وهذا
الفرع اذا كان ثم غيرها لكنه ضاق المرجع فليس فيه ما يفضل
عنها فانها ترجح على غيرها لقربها وتمام ما ذكره المولف
هنا هو ما قاله بن القسم ان كان اهل المرجع بنات وعصبة
فهو بينهم ان كان فيه سعة والا فالبنات اولى من العصبة
وتدخل مع البنات الام والجدة دون الزوجة والجدة للام
وان رجع الى اخوة دخل معهم الاخوات وان رجع الى
اعمام دخل معهم العمات او الى بني اخ دخل معهم بنات الاخ
او الى بني عم دخل معهم بنات العم وان رجع الى اولاد المولى
المنعم دخل معهم بنات المولى المنعم وقوله ثم على الفقرا • يعني

فان لم يكن له من القرابة من يصرف اليه المرجع ولذلك ينبغي اذا كان
هناك قرابة ولكنهم اغنيا او كانوا فقرا فاحد وامر المرجع مما
يعنيهم علي احد القولين فانه يرجع المصرف او بقيته علي الفقرا
وقوله والوقف لازم ولو قال ولي الخيار • يعني ان عقد
الوقف منبرم لا يقبل الانحلال وظاهر كلام المولف ان المحبس
لو قال في عقد الحبس مثلا حبست داري الي الحد سنا ولي الخيار
في ذلك مضت حبسا ولا خيار له وفيه نظر لانه الزام له غير
ما التزمه وقوله ولا يشترط التنجيز كالو قال اذا جا راس الشهر
فهو وقف • هذا وما بعده مما عطف عليه المولف وذكر انه
لا يشترط اعتبره لبعض الشافعيه وظاهر كلام المولف انه يجري
مجري العتق الي اجل وان قول المحبس اذا جا راس الشهر
فهو وقف كقوله لعبده اذا جا راس الشهر فانت حر وهذا صحيح
باعتبار اصل اللزوم / الا ان العبد لا يضره في عقد هذه الحريه
له استحداث سيده الدين قبل مجي الشهر وذلك يضر عقد الحبس
وقوله ولا التابيد بل يصح جعلها ملكا لهم ولغيرهم بعد •
هذا الفرع عكس الذي قبله في الصورة لان الانتفاع بالحبس في
الاول متاخر عما استثناه المحبس وفي الثانيه متقدم عليه
الا ان هذه الصورة الثانيه هي من التحبيس الذي يشبه العمري
وهي التي قال المولف فيها قبل هذا واذا لم يعد بتابيد رجع بعد
انقطاع جهته ملكا لمالكه او ورثته وقوله ولو قال علي اولادي
ولا اولاد له ففي جواز البيع قبل اياسه قولان بن الماجشون
يحكم بحبسه ويخرج الي يد ثقه ليصح الحوز وتوقف ثمرته فان
ولد له فلهم والا فلاقرب الناس اليه • القايل بجواز البيع هو مالك
قال له في الموازيه والمجموعه فيمن حبس علي ولده ثم هو في سبيل الله
فله ان يبيع مالم يولد له فاما اذا ولد له فلا يجوز له البيع والقايل بالمنع

من البيع

هذه علي

من البيع هو بن القسم فان قلت فقول بن الماجشون هل هو قول
ثالث اولا قلت لا شك انه قول ثالث الا تري ان بن القسم يري
له بيعه بعد الاياس وبن الماجشون يقول انه لا يرجع الا لاقرب الناس
علي مراجع الاحباس والاقرب عندي قول بن القسم لانه الموافق
للفظ المحبس وقوله ولا يشترط تعيين المصرف لفظا بل لو
قال وقفت صرف الي الفقرا وقيل وفي وجوه الخير • ظاهر هذا
الكلام انه لابد من تعيين المصرف قصدا لانه انما نفي شرط تعيينه
لفظا وعلي هذا التقدير فهو خلاف ظاهر المدونه والعتبيه قال
في المدونة ومن قال داري حبسا فقط ولم يجعل لها مخرج في
وصيه فهي حبس علي الفقرا والمساكين الا ان يري لذلك وجه
يصرف اليه مثل ان يكون موضع رباط للاسلام به وجل
ما يحبس الناس لها في سبيل الله فيجتهد فيه الامام ومثل هذا
في العتبيه واما قول المولف وقيل وفي وجوه الخير فعده المولف
خلافا وليس كذلك وانما المذهب علي انه يسبل المحبس ان امكن
علي قصده من الصرف ويحمل علي قوله فان تعذر سواله لموته
وشبه ذلك نظر الي غالب ما يحبس الناس فيه في تلك الجهة فان
لم يكن غالب صرف علي الفقرا وقوله ومهما شرطا الواقف
ما يجوز له اتبع كتخصيص مدرسة او رباطا او اصحاب مذهب
بعينه • هذا هو الاصل المرجوع اليه لان الاصل بقا ملك الانسان
علي ما هو عليه فلا يخرج عنه الا علي الوجه الذي اخرجه هو
وقد وقع في المذهب خلاف في انقاض المسجد اذا دثر ولم يرج
له سكني لخراب البلد والاياس من عمارته هل يجوز نقل تلك الانقاض
الي مسجد اخر ينتفع بها وكذلك ايضا ما وقع في ارض محبسه علي
دفن الموتي لمسجد احتيج الي توسعته من تلك الارض انه لا باس به ~~بمجاورة~~
به قال وما كان لله فلا باس ان يستعان ببعضه في بعض وكل

هذا على خلاف الاصل وقوله ولو حبس على زيد وعمرو ثم على الفقرا
فمات احدهما فحصته للفقرا ان كان غلة وان كان كركوب دابة
وشبهه فروايتان • يعني ان من حبس شيا على رجلين فاكثر ثم على
مصرف اخر كالفقرا فمات بعض الاولين فان كان الحبس مما يتجزى
بالقسمة كغلة الحائط انتقل نصيب الميت الى المصرف الثاني وان
كان لا يتجزى بالقسمة فاختلف في انتقال نصيب الميت منه
الى المصرف الثاني على قولين احدهما انه ينتقل كالاول والاخر
ان عدم قبوله للقسمة قرينة دالة على انه اراد بقا جميع الحبس
في المصرف الاول حتى لا يبقى من اهله احد وحينئذ جميع الحبس
الى المصرف الثاني وقد كثر الاضطراب في هذا المعنى بين المتقدمين ينتقل
وكذلك بين فقيهي قرطبة القاضي ابي الوليد بن رشد وصاحبه
القاضي ابي عبد الله بن الحاج والف كل واحد منهما على صاحبه
في ذلك وقوله بيان مقتضى الالفاظ • يريد الفاظ جهة الحبس
من الجهات التي قد يعرض لها الانقطاع وعدم التابيد وقوله
ولدي او اولادي يتناول ولد الصلب مطلقا وولد ذكورهم
ويوثر الاعلى وقيل يسوى • يعني اذا قال المحبس قد حبست كذا
على ولدي او قال على اولادي فلا شك في تناوله ولد الصلب
ذكورهم واناثهم وهو مراده بقوله مطلقا واما تناوله لولد
الصلب فانه يدخل فيه ولد ذكور ولد المحبس ولا يدخل فيه
ولد الاناث وبالجملة ان من حال بينه وبين المحبس انثى لم يدخل
وحيث دخل ولد الولد مع ولد الصلب فاختلف هل يسوى بينه
وبين ابيه وعمه او يوثرون عليه فاما ان ولد البنات لا يدخلون
فهو المعروف للمتقدمين من اهل المذهب اعتمادا منهم على قوله
تعالى يوصيكم الله في اولادكم وكذلك قوله سبحانه وتعالى
ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد ولا خلاف

ان ولد البنت غير مراد من هذه الآي وقال ابو عمر بن عبد البر
وغيره من الشيوخ يدخل تحت لفظ ولدي او اولادي في الحبس ولد
البنت ووقع في سماع سحنون فيمن قال داري حبس على ابنتي وعلى ولدها
ان ولد الولد يدخلون فيه وقال غيره انما يكون حبسا على ولد
الابنة دنيه فاذا ماتوا لم يكن لاولاد اولادها شي والاقرب
في هذا كله ان يقال ان هذه الالفاظ صدرت من اهل العرف
فينظر الى مسماها في العرف فيعول عليه وهذا ان كان المحبس
قد مات وان كان حيا فيرجع الى تفسيره واما ما يحتج به غير
واحد هنا من الايات فتلك مسميات شرعية او لغوية والاحتجاج
بها لا يفيد في التخاطب العرفي والله اعلم والقول بايثار الاعلى
على الاسفل في الحبس لمالك والقول بالمساواة بين الاعلى والاسفل
هو قول المغيرة وهو الاقرب لتناول اللفظ للجميع تناولا واحدا
وقوله وولدي وولد ولدي المنصوص ايضا لا يدخل
ولد البنات • اشار المولف الى ضعف هذه المسلة عن التي
قبلها وان هنا ما يقتضي تخريج خلاف في دخول ولد البنات
ولا حاجة الى هذا فان الخلاف هنا منصوص لكن ليس للمتقدمين
ولكنه لكثير من الشيوخ حكاه الباجي وابن رشد وذلك ان
قول المحبس ولدي يشمل الذكور والاناث من ولد الصلب
ثم قوله وولد ولدي يوجب دخول اولادهم ومن جملتهم اولاد
الاناث قطعا وعلى المنصوص في هذه المسلة تسوي قول المحبس
ولدي مع قوله ولد ولدي في الحكم وانه لا يدخل في الصورتين
ولد البنت ولا يبقى بين الصورتين كبير فرق واما ما اشار اليه بعض
الشيوخ من الفرق بين الصورتين شبيه بالتكليف قال الباجي
فاذا قلنا يوثر الاقرب في قوله ولدي فان يوثر هنا اولى واذا فان
قلنا سوى بينهم فقال مالك في المجموعة فيمن حبس على ولده واعقابهم

ولا عقب لهم ثم بقي بنوه وبنو ابنيه فانه يسوى بينهم مع استوى الحاد
قال الباجي وحيث قلنا يبدا الاعلون فان ذلك مع استواء الحاد
فان كانت الحاجة في ولد الولد او ثروا ويكون الآبا معهم قاله بن
القسم وعبد الملك وقال محمد هذا استحسان وقد قال مالك لا يدخل
ولد الولد الا في الفضل وشان الحبس ايثار الاقرب وكذلك مرجعه
وانما قال بن القسم يعطي الابنا معهم ليلا ينقطع سبب الاب وان
كان غنيا ولو كانت الحاجة في الآبا لم يدخل معهم ولد الولد الابعد
عنا الآباء **وقوله** واولادي فلان وفلان وفلانه واولادهم يدخلون
اتفاقا قال الباجي واخطا بن زرب • يعني ان المحبس اذا حبس
علي ولده فسماهم باسماهم فقال زيد وبكر وخالد وزينب
واولادهم دخل في ذلك ولد الذكور والاناث ولا خلاف في هذا
قال القاضي بن رشد كذا حكى الامام ردي في ذلك عن بن زرب وهو
خطا صراح لا وجه له فلا يعد خلافا لانه لم يقله برايه وانما بناه
بالقياس الفاسد علي ما ذهب اليه من تقليد غيره قال وذلك
انه كان يفتي بما عليه الجماعه من دخول ولد البنات حتى نزلت
فقال رايت لموسى بن طارق قاضي زبيد انه سال مالكا عن من
حبس علي ولده وولد ولده فقال ولد البنات في هذه المسلة
ليس لعقب فقال له موسى هل تعلم في ذلك اختلافا بين فقها المدينة
فقال لا اعلم في ذلك خلافا بينهم فرجع عن مذهبه واشهد علي رجوعه
والطال بن رشد في الاحتجاج علي بن زرب وفي الفرق بين التسميه
لولده وعدم التسميه مالا يخفى عليك واما نسبه المولف هذا الكلام
للباجي فغلط لا شك فيه وهي من المواضع التي لم يحسن نقلها من كتاب
بن شاس وانه لم يتنبه له اصطلاحه في التفرقة بين قوله القاضي
ابي الوليد وبين قوله الشيخ ابي الوليد والاول منهما هو الباجي
والثاني هو بن رشد وقد نبهناك علي هذا فيما تقدم **وقوله**

صوابه الباجي

وولدي

و ولدي وولدهم بين المسلتين يعني بين المسلتين السابقتين علي هاتين
اللتين بيناها وذلك ان عدم تسميه ولد الصلب يمنع من دخول
ولد البنات ويقوي شبهه هذه الصورة بقوله ولدي وولد ولدي
وعود الضمير علي ولد الصلب يقوى شبه هذه الصورة بالتي فوقها
وانه لعود الضمير علي جميع من تقدم من الذكور والاناث وذلك
موجب لدخول ولد البنات فحصل لهذه المسلة شبه لكل واحدة
من المسلتين السابقتين وفي هذه المسلة خلاف منصوص في المذهب
حكى بن ابي زمنين عن مالك ان ولد البنات لا يدخلون في الحبس
بهذا اللفظ وقضى القاضي محمد بن السليم بفتوى اكثر اهل زمانه
انهم لا يدخلون **وقوله** وبنيّ وبني بنيّ كولدي وولد ولدي
علي المنصوص • وقد تقدم ما قاله المولف في ولدي وولد ولدي
ان ولد البنات لا يدخلون علي المنصوص وقال هنا في بنيّ
وبني بنيّ مثل ذلك علي المنصوص ايضا ودخول ولد البنات
هنا كانه اضعف من دخولهم هناك لان لفظ الولد حقيقة ينطلق
علي الذكر وحده وعلي الانثى وحدها وعلي المجموع واما الابن فلا
ينطلق علي البنت وانما تدخل البنت في لفظه بنيّ علي طريق
التغليب ولو قيل هنا ان بنت الصلب لا تدخل لكان ذا وجه
ظاهر قال مالك ومن تصدق علي بنيه وبني بنيه فان بناته وبنات
بنيه يدخلون في ذلك وروي عيسى عن بن القسم فيمن حبس علي
بناته فان بنات ابنه يدخلون مع بنات صلبه **وقوله**
وعقبي كولدي فان حالت دونه انثى فليس بعقب • هكذا نص
عليه مالك في روايه بن القسم وقاله عبد الملك وروي عن بن
شهاب قال الباجي عقب الرجل من ينسب اليه واولاد البنات
لا ينسبون اليه قال بن رشد لا فرق عند احد من العلما بين لفظ
العقب والولد في المعنى **وقوله** ونسلي كذلك • يعني مثل عقبي

ومثل ولدي في انه لا يدخل تحته ولد البنات وقد قيل ان ولد البنات
يدخل تحت لفظ نسلي **وقوله** وذريته يدخل ولد البنات
اتفاقا لان عيسى من ذريه ابراهيم عليهما السلام. وهذا الاتفاق
والاحتجاج من كلام ابن العطار واشار بقوله لان عيسى من ذريه ابراهيم
الى قوله تعالى ومن ذريته داود وسليمن الى قوله وعيسى وحكى
ابن رشد ان الشيوخ اختلفوا في الذريه والنسل فقيل انهما بمنزلة
العقب لا يدخل ولد البنات فيهما على مذهب مالك وقيل انهم
يدخلون فيهما وفرق ابن العطار بين النسل والذرية فراى ان
النسل بمنزلة الولد وان الذرية يدخل فيها ولد البنات البنت
وقوله وعلى اخوتي يدخل الذكر والانثى. انظر هل يدخل الاخوة
من اي جهة كانوا الاب او لام او لهما كما في قوله تعالى فان كان
له اخوة وفي دخول الاخ للام باعتبار عرف الناس اليوم نظر
وقوله ورجال اخوتي ونساوهم يدخل الصغير معهم.
يريد والصغيرة قالوا لقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء
وحكم الصغار في هذا حكم الكبار وينبغي ان ينظر كما قدمنا الى
مقتضى العرف وانما يرجع الى غيره عند عدمه والله اعلم
وقوله وعلى بني ابي اخوته الذكور واولادهم الذكور
قال التونسي وهذا اختلاف. لا يريد المولف انه يدخل
في ذلك اخوته لامه كما اشار اليه بعض من تعقب هذا الموضع
عليه لان لفظة ابي من قوله بني ابي تدفع هذا الاحتمال اذ
اخوته لامه لا يشك انهم ليسوا من بني ابيه وهذا الموضع
وهم المولف في نقله في موضعين احدهما انه ذكر عن التونسي
انه قال هو اختلاف يعني مع قوله بني بني لانه تقدم هناك ان
بني بني مثل ولد ولدي وان ولد ولدي يدخل تحته اناث
ولد الصلب فلزم ان يدخل هنا الاخوات تحت لفظة بني ابي

واصل

واصل المسألة انما هو للشيخ ابي اسحق بن شعبان لا للشيخ ابي اسحق التونسي
والموضع الثاني ان ابن شعبان لم يتعرض للمناقضة بين المسالتين وانما
قال ولو قال على بني ابي دخل اخوته لابيه وامه واخوته لابيه
ومن كان ذكرا من اولادهم خاصة مع ذكور ولده قال
ابن شاس مشيرا الى المناقضة وهذا يشعر بانه لا يرى دخول
الاناث تحت قوله بني وهو خلاف ما تقدم في الروايه في لفظ
البنين ويمكن ان يفرق بين اللفظين من جهة العرف لا من جهة
اللغة ان لفظ ابن تستعمل عرفا في الصغير الذي يقصد الكبير
الى اظهار الشفقة عليه والحنان سوا كانت له عليه ولادة او لم
تكن وهذا المعنى في الاناث اظهر فلما ظهر في الاناث الذي
يشاركن به الذكور صح ادخالهن تحت لفظ المذكر على جهة
التغليب واما قولهم بني ابي فانما يستعمل هذا اللفظ عرفا عند
المفاخرة او عند ارادة التناصر والمحامات وذلك المحل
لا يناسب ارادة المونثات فيه بل ينافيه فلم يصح ادخالهن
فيه على وجه التغليب والله اعلم **وقوله** والى واهلي قال
ابن القسم سوا وهم العصبه ومن لو كان رجلا كان عصبة
وقيل الاهل من كان من جهة الاب او من قربوا او بعدوا والال اقارب.
كلام ابن القسم ظاهر المقصور قال وهم العصبة والبنات والعمات
ولا يدخل في ذلك الخالات قال الباجي يريد العصبه ومن
كان في تعددهم من النسا وقال مالك فيمن حبس على رجل
وعلى اهله اوشقا مسماة من حايطه فهلك ولد فلك الرجل
وولد له اخوفا انه يدخل في ذلك قال الباجي وما روي عن
مالك في قوله اللهم صل على سيدنا محمد وعلى آل محمد ان آل محمد
كل تقي واحتج بقوله تعالى ادخلوا آل فرعون اشد العذاب
فللدليل دلالة صرفته عن ظاهره والطلاق اللفظ يقتضي ما تقدم قال

فعدا مشهور المذهب وقال بن شعبان واطلاق اللفظ يقتضي جا
نعم يدخل في الاهل من كان من جهة الابوين قربوا او بعدوا وهذا
هو القول الثاني الذي حكاه المولف يريد من جهة احد الابوين
واما تشبيه المولف الال والاهل بالاقارب فبعيد ويتبين لك
ذلك بما فيهما من الخلاف قال مالك في الموازية والمجموعة فيمن اوصى
لاقاربه يقسم على الاقارب بالاجتهاد قال في العتبية ولا يدخل
فيه ولد البنات وولد الخالات وروي بن عبدوس عن بن كنانة
يدخل فيه العمات والاخوات والخالات وبنات الاخ وبنات
الاخت وروي على بن زياد يدخل فيه اقاربه من قبل ابيه
وامه وقال اشهب في المجموعة كل ذي رحم محرم من قبل الرجال
والنسا قال الباجي ويلزم من ادخل في ذلك بني الاخت ان
يدخل بني الخالة الا ان يكون لجنبة الاب مزية **وقوله**
وعلى مواليه روي مواليه الذين اعتقهم فقط واولادهم وروي
وموالي ابيه وابنه ورجع اليه وروي وموالي مواليه وروي
وموالي الجد والجدة والام والاخ • دلت واو العطف الداخلة
على موالي ابيه وابنه في الرواية الثانية على ان الرواية الثانية
موكبة من الرواية الاولى وزيادة ما اختصت به الرواية
الثانية وما اختصت هي به من موالي مواليه ولذلك الرواية
الرابعة مع الرواية الثالثة والرواية الاولى هي حقيقة
اللفظ والرواية الرابعة مجاز شايع لا تبعد ارادته واحرى
الرواية الثانية والثالثة فان قامت في المحل قرينة عرفية
ولو كانت ضعيفة حمل كلام المولف على مجازه والا فالاصل رجحان
الحقيقة وهذا كله اذا كان له موالي على واسفل واما ان
لم يكن له الا موالي اعلى واسفل فينبغي ان يحمل كلامه على هذه
وقوله وفي الجميع يوثر الاحوج فان استووا فالاقرب • يريد

لعدم الرواية الثانية

لعدم الرواية ... والرواية الثالثة والرابعة

ان

ان الروايات الاربع اتفقت على الترجيح بين الموالي باحد امرين
واحري باجتماعهما فالامر الاول الذي هو احد المرجحين شدة
الحاجة لان المقصود من الحبس انما هو سد الخلة فان استووا
في ذلك رجح بالاقرب الى المحبس واحري اذا كان الموالي
احوج واقرب فان كان احد المولين احوج والاخر اقرب
فظاهر كلام المولف تقدم الاحوج لان به وقع الترجيح اولا ولم
يعتبر الترجيح بالثاني الا عند عدم الاول والاقربية على الرواية
الاولى فيما بين المولى وولده فالمولى اقرب من ولده وكل
واحد منهما اقرب من موالي الابن على الرواية الثانية وموالي
الابن اقرب من موالي الاب وانظر هل يسلك هذا المسلك
في الرواية الثالثة والرابعة اولا يتم فتامله **وقوله**
وعلى قومه عصبته دون النسا • يعني اذا حبس على قومه
او على قوم فلان وهكذا قال بن شعبان واحتج بقوله تعالى
لا يسخر قوم من قوم عسى ان يكونوا خيرا منهم ولا نسا من
نسا عسى ان يكن خيرا منهن وقول الشاعر
وما ادري وسوف اخال ادري اقوم آل حصن ام نسا
وقد تقدم ان الذي يجب ان يعول عليه في هذا الباب انما هو
عرف الاستعمال **وقوله** والطفل اهلي وصبيانهم وصغارهم
لغير البالغين وشبابهم واحداثهم لمن بين البلوغ وكمال الاربعين
وكهولهم لمن جاوزها الى الستين وشيوخهم لمن جاوزها
والذكر والانثى في الجميع سوا • الطفل في اللغة المولود والصبي
والغلام والصغير ضد الكبير والشاب والحدث مترادفان
والكهل الذي جاوز الثلاثين ووخطه الشيب هذا قول
الجوهري في هذا الفصل وبعضه مخالف لما قاله المولف وبعضه
محتمل ولا ينبغي ان يعتمد على شي من ذلك الا على ما ساعد العرف

فان خالف العرف شيأ من ذلك اتبع مقتضى العرف والله اعلم

وقوله وارامل للذكر والانثى. الرجل الذي لا امراة له والارملة المراة التي لا زوج لها وقد ارملت المراة اذا مات عنها زوجها قال جرير من قصيدة يمدح بها عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه

هذي الارامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

ومن قال من الفقهاء ان البيت للحطيئة لم يقل شيأ فان اوصي لارامل المساكين من رجال او نساء فاك ويقال لهم وان لم يكن فيهم نساء

وقوله وحكم مطلقة التحبيس ما لم يقيد باستقبال. يعني ان لفظ الوقف اذا صدر من المحبس غير مقيد حمل على التنجيز كساير العطايا فان قيد بزمان ياتي اتبع تقييده كما تقدم قبل هذا كساير العطايا

وقوله وهو من راس المال في الصحة والتنجيز في الحياة والا ففي الثلث. وهذا ايضا حكم العطايا كلها على المذهب وان وقع في المذهب خلاف هذا في بعض انواع العطايا فشاذ

وقوله ويملك الموقوف عليه الغلة والثمرة واللبن والصوف. يريد ان الوقف لا ينقل ملك الرقبة عن واقفها الي الموقوف عليه وانما ينقل اليه المنفعة واما الرقبة فباقية على ملك الواقف فلذلك يتصرف الموقوف عليه فيما ذكر من ثمر ولبن وصوف وشبه ذلك ولا يبيع الرقبة ولا يتصرف فيها تصرفا يودي الي هلاكها

وقوله ونتاجها الاناث وقف ويباع فضل ذكورها عن ضرابها وما كبر من الاناث كالذكور. لما كان المقصود من الحبس بقاء عينه لينتفع به الموقوف عليه والحيوان لا يطول بقاؤه فكان التناسل فيه يقوم مقام عينه فلذلك قالوا الاتباع اناثه ولا ما يراد من ذكوره للضراب ويباع ما لا يرجى نسله من الاناث وما استغني عنه من الذكور ولم يذكر المولف ما يصنع

بثمن

بثمن المبيع ولعله اراد انه يستبدل بثمنه اناث جنسه او ما يحتاج اليه من الذكور للضراب اذا كان المبيع من الاناث واستغني عن ذكر ذلك هنا بما قاله المولف بعد هذا في ثمن الفرس والثوب

وقوله وقال ابن القسم ما سوي العقار اذا ذهبت منفعته التي وقف لها كالفرس يهرم والثوب يخلق يباع في مثله او شقصه وقال ابن الماجشون لا يباع وقف وان ذهبت منفعته الا ان يكون شرط. ابقى كثير من الشيوخ خلاف ابن الماجشون على اطلاقه وقال اللخمي اذا انقضت منفعة الحبس وعاد بقاوه ضررا جاز بيعه وان لم يكن ضرر ورجي ان تعود منفعته لم يجز بيعه قال واختلف اذا لم يكن ضرر ولا رجيت منفعته ومعني قول المولف يباع في مثله اي يباع ويشتري بثمنه من نوعه اي بثمن الفرس فرس وبثمن الثوب ثوب ولا يريد بذلك المقدار فان ذلك لا يتاتي عادة ان يكون ثمن الهرم كثمن القوي ولكنه قد تكون افراس كثيرة هرمت ولا تصلح للمجاهدين فتباع ويشتري بثمنها فرس واحد فان عجز ثمنها عن واحد من نوعها اعين به في ثمن مثلها وهذا هو مراد المولف بقوله او شقصه وظاهر كلامه ان هذا الحكم عام في الفرس والثوب وذكر في المدونة في الفرس مثل ما ذكر المولف وقال ابن القسم فيها واما الثياب يعني المحبسة في السبيل يشتري بثمنها ثياب ينتفع بها فان لم يبلغ تصدق به في السبيل وكثيرا ما يسئل بين ما قصر عن ثمن الفرس فانه يعان به في مثله وما قصر عن ثمن الثوب تصدق به قيل ان الثياب لما لم يظهر لها كبير منفعة في الغزو استخف الصدقة بما عجز عن ثمن الثوب ولما عظمت منفعة الفرس في الغزو حوفظ على اصل التحبيس فيه وفي هذا الفرق نظر فتامله قال ابن وضاح سالت سحنون

عن الفرق

عن زيت المسجد يكون كثيرا ايباع و يدخل في منفعة المسجد
قال يجعل فنا بل غلاظ و لم ير بيعه قلت ايوقد في مسجد اخر
قال لاباس به قلت فالخشب يكون في المسجد قد عفنت لايكون
لها كبير منفعة اتباع ويشتري بثمنها خشب يرم بها المسجد
قال اما انا فلا اجعل سبيلا الى بيعها اصلا الا ان ثم مولاصعيها
وقال بن زرب بيع حصر المسجد جايز و كذلك بيع ما بلي من
من انقاض المسجد و يصرف في منافعه واما العقار بخرب
فسياتي الكلام عليه وقوله ويتولي الوقف من شرط الواقف
لا الواقف فلو شرطه لم يجز. يريد انه يتولي النظر في الوقف
من جعل ذلك الواقف بيده ولا يصح ان يكون الواقف هو متولي
ذلك لان توليته مناف للحوز الذي هو شرط في صحة التحبيس فلو
شرط ان يكون الناظر هو في ذلك لم يجز واخرج من يده
الى ناظر ينظر فيه ولم يوف له بهذا الشرط لمناقضته لما التزم
واذا كان لا يوفى بشرط الخيار على ما تقدم فهذا الشرط اولى
ان لا يوفى به لانبرام العقد معه فان قلت من يكون الحبس بيده
نايب عن المحبس لانه لولم يجعل له المحبس النظر لما ساغ له النظر فاذا
كان نظر النايب لا يمنع من الحيازه فكذلك نظر من استنابه قلت
لا نسلم انه نايب عنه والا كان له عزله وانما هو به اخرج لبعض
ملكه على شرط نظر شخص معين فيه فيوفى له بذلك الشرط فان
لم يشترط هو احدا بعينه قدم القاضي ناظرا عليه فان قلت
على ماذا يعود الضمير المنصوب من قوله فلو شرطه قلت
على المتولي الذي يدل عليه قوله ويتولى اي ولو شرط الواقف
ان يتولى هو ذلك بنفسه ولا يصح ان يعود الضمير على الواقف
لانه يلزم عليه تعدي فعل الفاعل الى ضميره وقوله فان جعله
بيد غيره و يتسلم منه غلتها وعلى ذلك وقف ففولان. وقد تقدم

حكم ما اذا كان الوقف بيد واقفه وكان يصرف غلته في مصرفه
او كان يخرج الشي الذي حبسه كالسلاح لمن يقاتل بها والكتب
لمن يقرا فيها هل يكون ذلك حيازه اولا وهذا الفرع هو ما
اذا اخرج الواقف الوقف من يده لمن ينظر فيه وكان الواقف
ياخذ غلته ويتولى تفريقها على من يستحقها فلا شك ان قلنا في
المسلة التي اشرنا اليها بصحة الوقف فهاهنا احري وان قلنا
هناك بعدم الصحة فاختلف هاهنا على قولين قال بن المواز اجازه
ملك واباه بن القسم واشهب واختاره اللخمي قول مالك قال
لانه حبس نفذ لما حبس له وقوله و يبدا باصلاحه وعمارته
و نفقته ولو شرط خلافه لم يقبل. يعني الناظر في الحبس يبدا فيه
باصلاحه وبما هو شرط في بقا عينه عادة فاذا حصل ذلك كله
فما بقي من غلاته صرفها لمن يستحقها ممن حبست عليه قال
بن شعبان ولو شرط ان يبدا به المستحقين للغلة على اصلاح الحبس
لم يوف بهذا الشرط وهذا هو مراد المولف بقوله ولو شرط
خلافه لم يقبل وذلك ان هذا الشرط يجر على اصل الوقف بالبطلان
ومثل هذا من الشروط لا يوفى بها وقد تقدمت الاشاره الى
هذا قبل هذا بيسير وقوله فان كانت دارا للسكنى فاما
اصلح واما خرج فتكرى بما تصلح به. هذه المسلة مفرعة على
التي فوقها لان تماديه على السكنى فيها مع انها خربه يودي
الي تلفها بكل وجه حتى لا تصلح لشي البته وذلك ابطال للقصد
من الحبس فان قلت اكراوها من غيره تغيير للحبس لانها لم
تحبس الا للسكنى لا للكرا قلنا لا نسلم انها لم تحبس للكرا الا ان
المحبس قد علم انها تحتاج الي الاصلاح ولم يوقف لها ما تصلح به
فبالضروره يكون قد اذن في اكرايها من غير من حبست
عليه عند الحاجة الي ذلك وقوله ولو شرط الواقف اصلاحها

عليه لم يقبل الضمير المجرور يعلي عايد الي الموقوف عليه لمعني المسلة
ان الواقف لو حبس الدار علي من سكنها علي ان ما احتاجت اليه
من مرمه اداها الساكن لم يجز لانه كرا مجهول قال في اخر كتاب
الحبس من المدونة ومن اسكن رجلا دارا سنين مسماه او حياته
علي ان عليه مرمتها لم يجز وهو كرا مجهول لكن ان وقفت مع ظاهر
هذا الكلام فانه سلك بالوقف مسلك الكرا الفاسد فيفسخ وليس
هذا مراده وانما مراده ان يمضي الحبس ويسقط الشرط وهو معني
قول المولف لم يقبل قال في وسط كتاب الحبس من المدونة
ومن حبس داره علي رجل وعلي ولده وولد ولده واشترط علي
الذي حبس عليه اصلاح ما رث منها من ماله لم يجز وهو كرا
مجهول ولكن يمضي ذلك ولا مرمة عليه وترم من غلتها وقد
فات في سبيل الله ولا يشبه البيوع قال وقال مالك في
الفرس يحبس علي الرجل ويشترط علي المحبس عليه حبسه سنة
وعلفه فيها انه لا خير فيه اذ قد يهلك الفرس قبلها فيذهب
عمله باطلا قال ابن القسم وارى ان لم يمض الاجل ان يخير الذي
حبس الفرس فاما ترك الشرط وبتل الفرس للرجل او اخذه
وادي للرجل ما انفق عليه واذا مضى الاجل لم يرد وكان للذي
بتل له بعد السنة بغير قيمة وقال في كتاب الصدقة ومن
وهب لرجل نخلا فاستثني ثمرها لنفسه عشر سنين فان الواهب
له يسقيها بما به لم يجز وهو غرر وقد قال مالك فيمن دفع فرسه
الي رجل يغزوا عليه سنتين او ثلاثا وينفق عليه المدفوع اليه
الفرس من عنده ثم هو للمدفوع اليه الفرس بعد الاجل واشترط
عليه ان لا يبيعه قبل الاجل انه لا خير فيه اذ قد يهلك الفرس
قبل الاجل فتذهب نفقته باطلا فهو غرر قال ابن القسم ولو
كانت النخل بيد الواهب يسقيها ويقوم عليها جاز وكانه وهبها

بعد

٥٨

بعد عشر سنين ان سلمت النخل الي ذلك الاجل ولم يمت ربها ولم يلحقه
دين اخذها وان مات ربها او لحقه دين فلا حق له فيها قال
اشهب في الفرس اذا شرط ما يبطل العطية وهو لمن اعاره
لرجل يركبه سنة ثم هو لفلان فترك المعار عاريته لصاحب البتل
انه يتعجل قبضه فاذا كان مرجعه من نفسه كان احري ان يتعجله
ويزول الخطر وقد اطال الشيوخ الكلام علي مسلة الفرس هذه ولم
يتعرض المولف لشي من ذلك فتركناه وقال ابن المواز في مسلة المولف
يرد الوقف ما لم يقبض **وقوله** وان كان فرسا وشبهه فعلي
بيت المال • يعني فان حبس فرسا في الجهاد فالنفقة عليه تكون
من بيت المال ولا يلزمها المحبس ولا ربه اذا كان هناك بيت
مال يوصل اليها **وقوله** فان لم يكن بيع وعوض به في سلاح
وقال ابن الماجشون يبقي ولو تحقق هلاكه • كلام ابن القسم وابن
الماجشون هنا مثل ما تقدم لهما فيما سوي العقار اذا ذهبت
منفعته غير ان هذا قد يكون في اول ما وقف الواقف وذلك
بعد ما انتفع به في الحبس دايما فقال ابن القاسم هنا يشتري
بثمنه ما هو اقرب الي قصد المحبس وهو هنا السلاح لانها اقرب
الي الخيل من غيرها وقال هناك يشتري بثمنه مثله والفرق
لما هو لوجود من ينفق علي الفرس هناك وفقده هنا **وقوله**
ومن هدم وقفا فعليه رده كما كان لا قيمته • الاصل وجوب القيمة
لانه من ذوات القيم ولكن القيمة هنا تستلزم نقل ملك الواقف
عما وقفه وهو غير جايز في الاحباس اذ لا يمكن ان يودي الهادم
القيمة ولا ياخذ النقض وقد اختلف في هادم غير الحبس هل
يقضي عليه بالقيمة او بان يرده علي ما كان عليه وههنا
احري قال اللخمي من تعدي علي حبس فقطع النخل او هدم
الدار او قتل العبد او الفرس او افسد الثوب اغرم قيمة ما

للجهاد

افسد فان كان الحبس في السبيل او علي الفقرا والمساكين جعل ما احد
من قيمة هدم او قطع نخل في بنا تلك الدار وغراسه مثل تلك النخل
وفي مثل ذلك العبد والفرس والثوب قال وعلي قول اشهب
يصرف فيما يري انه افضل وقوله ومن اتلف حيوانا وقفا فالقيمة
تجعل في مثله او شقصه • قضوا ههنا بالقيمة علي مقتضى الاصل
لان القضا بها لا يستلزم نقل الملك في الوقف كما استلزم ذلك
في مسلة الهدم ويقع في بعض النسخ باثر هذا وقيل ان لم يبلغ
ثمن عبد قسم كالغلة وهذا القول بعيد لانه عوض الرقبة
فيتنزل منزلتها وقوله وفي بيع النقض قولان • يعني نقض
الحبس اذا خرب اختلف هل يجوز بيعه ام لا وقد تقدم الخلاف
هل يجوز نقله الي حبس اخر فيبنى به اذا لم ترج عمارة للخرب
قال بعض من اجاز نقله وينبغي ان يترك منه ما يكون
علما له لئلا يندرس [?] وكذلك ينبغي ان يترك من النقض
الذي يراد بيعه واصل المذهب منع النقل والبيع وقوله
ولا يناقل بالعقار ولو دثر وخرب ما حوله وبقا احباس السلف
داثرة يدل علي منع بيعها وميراثها • واجاز ربيعة المناقلة
اذا دثر وخرب ان يوخذ ربع غيره ويجعل في مثل ما كان
الاول اشار اليه في المدونة وصرح به في موطا ابن وهب
وفي الرسالة مثله وحكي عن ابن حنبل جواز بيع الحبس وقال
مالك في الموازية وغيرها في نخل حبست ثمارها تغلب عليها
الرمل حتى ابطل [?] وفي ما بها فضل لا يباع فضل ما بها
وليترك بحاله وان غلبت عليها الرمال وهذا كما قدمنا اصل
المذهب وحكى ابو الفرج وابن شعبان قولا اخر بجواز بيع الخرب
مثل ما في الرسالة وقوله وعن مالك لا باس ان يشتري من
دور محبسة اذا احتيج لتوسعة مسجد او طريق لانه نفع عام

وقيل

القبايل

وقيل في مساجد جوامع الامصار لا القبايل • بالقول الاول الثاني
هو مطرف واصبغ وابن عبد الحكم وابن حبيب وساق المولف
قول مالك هنا وما بعده ليريك ما يتخرج منه الخلاف في المناقلة
وحيث اجزنا علي مذهب مالك او علي قول مطرف فاختلف
هل يقضى بان يجعل الثمن في حبس مثله فقال مالك وابن القسم
يومرون بذلك ولا يقضى عليهم هكذا قال بعض الشيوخ ولم
يذكر القول الثاني الا انه اتى بكلام عن ابن الماجشون يدل علي
انه يقضى به وقال مالك وابن القسم اذا استحق الحبس فاخذ فيه
ثمن يجعل فيه ما شا واختلف المتاخرون اذا ابو من بيعها
للمسجد فقال اكثرهم يوخذ منهم بالقيمة جبرا وقيل لا يجبرون
وفرق بعضهم بين المسجد الجامع فيقضى به وبين غيره من المساجد
فلا يقضى به قال ابن الماجشون في ارض محبسة لدفن الموتي
ضاقت باهلها فارادوا ان يوسعوا ويبنوا مسجدا بجانبها
ميتا فلا باس بذلك لانه حبس كله وقال اصبغ عن ابن القسم
في مقبرة عفت لا باس ان يبنى فيها مسجد وكل ما كان لله
فلا باس ان يستعان ببعضه علي بعض وقوله ويكري المتولي
بنظره السنة والسنتين كالوكيل فان اكراها لمن مرجعها
اليه جازت الزيادة وقد اكترى مالك منزله وهو كذلك
عشر سنين واستكثرت • معنى هذا اذا كانت الدار وقفا
علي قوم معينين ثم هي لاولادهم وشبه ذلك فاما اذا كانت
علي الفقرا وشبههم فينبغي ان تجوز اوسع من هذا الاجل اذ
لا يبقى في ذلك سوى انهدام الدار وهذا الاحتمال لا يمنع
من طول الاجل في الدار لما قلناه من ان الحبس معقب
او شبه المعقب قال المولف وهكذا قال عبد الملك فان
اكراها ممن مرجعها اليه جازت الزيادة يعني لضعف الغرر

قال عبد الملك كاربع سنين وخمس وقيل يجوز في الاراضي اربع
سنين ولو اكريت بن عبر من موجبها اليه واجار جماعة من فقهاء
بلدنا وعمل به منذ عشرين عاما كرا بقعة من ارض الحبس اربعين
عاما لمن يبني بها دارا وليس الحبس فيها على معينين بعوان بدل لهما
مكتريها عوضا خارجا عن العادة **وقولـه** ولا يفسخ كرا الوقف
لزيادة • يعني اذا كان عقده بما عقد به غبطة واما ان كان فيه
غبن فتقبل الزيادة فيه وسوا كان من طلب الزيادة فيه حاضرا
او غايبا واهل تونس في هذا التاريخ وقبله بسنين كثيرة استمروا
على انه يجري ربع الحبس على قبول الزيادة فيه ويجعلونه منحلا
من جهة المكري ومنعقدا من جهة المكتري وهو قول منصوص
عليه في المذهب ووقع في المدونة ما يقتضيه وان كان بعضهم
راي ما في المدونة خارجا عن اصول المذهب واعتقد بعض
من لغيبنا ان ذلك مخالف للاجماع لانه راجع الى بيع الخيار
ولم يجزه احد الى سنة واشار ابن رشد الى ان هذه المسالة
ليست كبيع الخيار الذي جعل امد الخيار فيه سنة فان ذلك
ينقض فيه البيع من اصله اذا اراد حله من جعل له الخيار
وهنا لا ينتقض الا ما بقي من المدة **وقولـه** ولا يقسم الا ما وجب
بالسكني وغيرها لان الميت يسقط والمولود والمتجدد يستحق
فلو قسم قبله فقد يخرج مستحق وياخذ غيره • يريد ان ما يكون
عوضا في منافع الاحباس تارة يستحق عن منافع يستقبل حصولها
فالعوض في هذه الصورة مستحق بالعقد وتارة يستحق عن منافع
حصلت واستوفاها مكتروها او مشتريها فما استحق في النوع
الثاني فانه يقسم حين قبضه من المشتري والمكتري وما يستحق
في الاول فلا يقسم الا بعد استيفا المكتري او المشتري ما عاوض
عليه وهذا هو مراد المولف بقوله ولا يقسم الا ما وجب بالسكني ونحوها

في الكرا

المدة

اي

لا يقسم

اي ولا يقسم ما وجب بمجرد عقد المعاوضة. والى هذا الذي يتعرض
احتجاجه بقوله لان الميت يسقط والمولود والمتجدد يستحق
فلو قسم قبله فقد يحرم مستحق وياخذ غيره ولهذا قال ابن الماجشون
لا يكرى الحبس بنقد لانه يوقف ويكون في وقفه تعريض لتلفه
ولان كراءه بالنقد يكون باقل مما يجري به على ان يقبض الكرا
عند استيفا المنفعة وفي ذلك تعجيل العوض من غير فايدة تحصل
للمحبس عليهم وهذا كله انما يتمشى اذا كان الحبس على قوم معينين
واولادهم وشبه ذلك واما اذا كان حبسا على الفقرا او للغزاة
وشبههم فلا معنى للوقف ويصح كراؤه بالنقد ومستحقه انما هو
من حصلت فيه هذه الصفة يوم حصول العوض ولا سيما في المامون
من الرباع والله اعلم **وقولـه** واذا بنى الموقوف عليه فيها
او اصلح بخشب او غيره فاراد مرمة له فان مات ولم يبين فهو وقف
قل او كثر وقال ابن القاسم لورثته ولم ير ما قال مالك وقيل ان
كان يسيرا كالميزاب ونحوه فهو وقف والا فلا • الضمير المجرور
بفي راجع الى الارض او الدار ومعنى الكلام ان الموقوف عليه
اذا بنى في الحبس او اصلح فالبنا باق على ملكه فله اخذه او تركه
في حياته وليعمل على ما نص عليه من ذلك بعد مماته وان مات
ولم يبين فثلاثة اقوال وتصورها ظاهر والقول الثالث للغير
والمسالة وقعت في المدونة في موضعين وهي في غير المدونة
ايضا فقال في اوايل كتاب الشفعة واذا بنا قوم في دار
حبست عليهم ثم مات احدهم فاراد ورثته بيع نصيبه من
البنا فلاخوته فيه الشفعة واستحسنه مالك وقال ما سمعت
فيه شيا وقال في كتاب الحبس عن مالك اذا بنى بعض اهل
الحبس فيه او ادخل خشبة او اصلح ثم مات ولم يذكر فيما ادخل
لذلك فلا شي لورثته فيه قال ابن القاسم وان كان قد اوصى به

وقال هولورثتي فذلك لهم وان لم يذكروا فلاشي لهم قل او كثر وقال
المغيرة لايكون من ذلك صدقة محرمة الا فيما لاباله من المياه وبيت
السكنى واما ماله خطر فانه مال له يورث عنه ويقضي به دينه
ولشارحي المدونة كلام على ما تبين في الموضعين هل هو خلاف او تقييد
ما في الشفعة بما في الحبس ويكون معنى ما في الشفعة انه اوصى به
فقال هو لورثتي واستصوب اكثرهم قول من جعل ذلك لورثته
وقالوا ان الاصل بقاء الملك للميت على ما كان عليه ويورث عنه
وهو صحيح الا ان يقال لو كان الامر على هذا للزم ان يبطل حق الحبس
فيه اذا بقي للميت ذلك عند الموت لانه يكون حينئذ كعطية انشاها
وقصد معطيها اخراجها من راس المال ويجاب عن ذلك بان الامر فيها
قبل البناء قابل للوجهين البقاء على الملك والعطية فان عين احد
الشيئين صير اليه والا استدم فيها ملك ربها **وقوله** ولو خرب
الوقف فاراد غير الواقف اعادته فللواقف او لورثته منعه
لان عينه ملك وان امتنع نقله عن الوقفية • لما كان المذهب
ان الحبس لا ينقل ملك الرقبة عن ربها وانما ينقل المنفعة وحدها
للموقوف عليه فال الامر ان ملك رقبة الحبس للواقف غير انه
حجر على نفسه فيها بعض ما كان له من بيع وشبهه فله من اجل ذلك
منع من اراد تغيير الحبس وكذلك لورثته وهذا يبينه ما تقدم
في الشفعة ان شريك الواقف اذا باع كان للواقف او ورثته
الاخذ بالشفعة على شرط ان يلحق ما اشتراه بالحبس فان قلت
لا شك ان للواقف او للورثة منع من اراد اعادة ربع الحبس على
ما كان عليه اذا شاؤوا هم اعادته فلم لا يكون للاجنبي اعادته
اذا لم يشا الواقف اعادته او عجزوا عن ذلك **قلت** اذا ثبت
ان الوقف لا ينقل عين الموقوف عن ملك واقفه كما قاله المولف
وجب قطعا ان يكون لهم المنع من ذلك وكان الاستحسان

ان للاجنبي ذلك اذا كان الوقف في وجه من الوجوه التي لا يعود فيه
مرجعه لعصبة الواقف كالوقف على الفقراء وشبهه **وقوله**
قال مالك من حبس على قوم واعقابهم فللمتولي تفضيل اهل الحاجة
والعيال والزمانة في الغلة والسكنى باجتهاده • الضمير المخفوض
باضافة اجتهاد راجع الى المتولي ونسبة هذا الكلام لمالك
تشعر بوجود المخالف له في المذهب لان اكثر المسايل المذكورة
في هذا الكتاب اما منصوصة لمالك واما جارية على ما هو
منصوص له فتخصيص هذه المسالة من بينها لابد له من فايدة وليس
الا ما ذكرنا او كونها مخالفة للاصل المعتبر في المذهب وهذه
طريقة الشيخ ابي محمد في الرسالة لا ينسب لمالك الا ما كان فيه مغمز
من انه لا يجري على اصوله والمخالف في مسالة المولف هو عبد الله
روى عنه محمد انه لا يفضل ذو الحاجة على الغني في الحبس الا بشرط
من المحبس لانه تصدق على ولده ويعلم الله منهم الغني والمحتاج
فاذا فرعنا على قول مالك فقال عنه ابن القسم من حبس
على الفقراء او في سبيل الله وابن السبيل وذوي القربى وفي فقرا بنيه
غني فلا يعطى منه ولكن ذو الحاجة وفي المجموعة من حبس على قوم
واعقابهم ان ذلك كالصدقة لا يعطى منه الغني شيئا ويعطى منه
المسدد بقدر حاله فان كان للاغنياء اولاد كبار وقد بلغوا
وهم فقراء اعطوا بقدر حاجتهم قال الباجي يريد بالمسدد
الذي له كفاية وربما ضاق حاله بكثرة عياله واذا تساووا
في الفقر والغنى اوثر الاقرب واعطي الفضل من يليه وان اختلفوا
اوثر الفقير الابعد ذكره ابن عبدوس قال الباجي وهذا اذا كان
عدد المحبس عليهم لا يحصر ولا يفضل عن فقرائهم شيء فان فضل عن
فقرائهم شيء صرف الى الاغنياء قاله ابن القسم **وقوله** واما على ولده
وولد ولده فقيل كذلك وقيل الغني والفقير سواء يعني اذا فرعنا

على ما ذكره اذ لم يذكر الا قولا واحدًا والا فكل واحد من المسلتين مختلف
فيها حسب ما ذكرناه عن عبد الملك في التي فوق هذه والمخالف القول
الثاني في هذه هو المغيره والفقه فيهما متقارب **وقوله** اما اذا عينهم
سوى بينهم • هذا ظاهر على القول بانه عمري لانهم شركا في ملك المنفعه
والاصل في الشركه المساواة واما على القول بان هذا النوع لا يرجع الى
مالكه فانه يرجع مراجع الاحباس بعد انقراض المحبس عليهم فقد يقال
انه يوثر فيه الاحوج على غيره لان المقصود منه الارفاق واسقط المولف
الفا من جواب اما وهو غير سايغ في مثل هذا الموضع وكثيرا ما يقع
في كلامه **وقوله** ومواليهم مثلهم • يعني بالمثليه في التعيين
وعدم التعيين **وقوله** ولا يخرج الساكن لغيره وان كان غنيًا •
لما تقضي كلامه على حكمهم في المساواة والترجيح قبل السكنى تحدث
على ما اذا سكن احدهم لموجب الفقر ثم استغنى فان ذلك الحكم لا يرتفع
بارتفاع سببه وهو الفقر ولعل ذلك لان عودته لا تومن والا فالاصل
كان ان يخرج وهذا ايضا اذا كان الوقف على غير معين واما المعين
فلا اشكال ان حقه باق حضر او غاب افتقر او استغنى على ما تقدم
وقوله ومن اوقف على من لا يحاط بهم فقد علم حمله على الاجتهاد
يعني ان من حبس على الفقرا او الغزاه وشبههما ممن لا يحاط بهم لتعدده
فالضروره انه يقسم على من حضر القسم لعدم القدره على التعميم ويعطى
لمن حضر بحسب الاجتهاد متولي القسم لان العاده دلت على ان
مراد الواقف ارفاق المحبس عليهم وسد خلتهم واذا كان القسم
على الموقوف عليهم واعقابهم بحسب الاجتهاد فههنا احرى ۝
وقوله ومن خص معينًا من الموقوف عليهم بشي بدا به • لا يريد
بالمعين خصوصية الشخص لزيد مثلا بل ما هو اعم من ذلك ومن النوع كما
لو حبس على الفقرا وخص من له عيال منهم بقدر ما او من لا له حرفه
بشيء من الوقف فانه يتبع في ذلك ما نص عليه الواقف وهذا لا يختلف

فيه والله اعلم واذا كان يحمل على ظاهر كلام الواقف وعلى ما دلت عليه
القراين فلان يحمل على ما نص عليه اولى ۝

تم الجزء السادس بحمد الله وعونه •
وحسن توفيقه وصلى الله على •
محمد واله وصحبه وسلم •
وحسبنا الله ونعم الوكيل •